

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Anvendelsen av konkurransbegrensningskriteriet i TEUF art. 101 (1) på horisontale kommersialiseringsavtaler

Kandidatnummer: 610

Leveringsfrist: 25.11.2015 kl. 12:00

Antall ord: 14027



# Innholdsfortegnelse

<b>1 Innledning.....</b>	<b>3</b>
1.1 Tema for avhandlingen .....	3
1.2 Kommersialiseringsavtalers plass i konkurranseretten .....	5
1.3 Rettskilder og metode .....	6
1.4 Videre fremstilling .....	8
<b>2 De faktiske og rettslige fundamentene til grunn for analysen .....</b>	<b>10</b>
2.1 Oversikt.....	10
2.2 Når foreligger en kommersialiseringsavtale?.....	10
2.3 Konkurransbegrensningskriteriet anvendt på kommersialiseringsavtaler - ikke en ensartet analyse .....	11
2.3.1 Innholdet i konkurransebegrensningskriteriet .....	11
2.3.2 Analysen som følge av variasjoner i kommersialiseringsformen .....	12
<b>3 Kommersialiseringsavtaler som normalt vil rammes av forbudet .....</b>	<b>15</b>
3.1 Avtaler om felles salg .....	15
3.1.1 Utgangspunktet.....	15
3.1.2 Unntak? .....	17
3.2 Avtaler om oppdeling av markedet .....	20
<b>4.0 Markedsføringssamarbeid .....</b>	<b>21</b>
4.1 Innledning .....	21
4.2 Nærmere om grensen mellom lovlige og ulovlige markedsføringsavtaler – virkningsanalysen .....	23
4.2.1 Markedsandel som vurderingsfaktor .....	24
4.2.2 Adgang til et nytt marked .....	26
4.2.3 Markedsføringssamarbeid som leder til gjennomsiktighet .....	27
4.2.4 Helhetsvurdering .....	28
<b>5 Distribusjonsavtaler mellom konkurrenter .....</b>	<b>29</b>
5.1 Innledning .....	29
5.2 Gruppefritaket for vertikale avtaler.....	30

5.3 Retningslinjene for vertikale avtaler .....	31
5.4 Når vil en avtale mellom konkurrenter omfattes av gruppefritaket? .....	31
5.5 Distribusjonsavtalers bedømmelse etter de horisontale retningslinjer .....	33
5.5.1 Formålsvurderingen.....	33
5.5.2 Virkningsvurderingen.....	35
<b>6 Logistikkavtaler .....</b>	<b>37</b>
6.1 Innledning og utgangspunkter .....	37
6.2 Virkningsvurderingen .....	38
<b>7 Særlig om informasjonsutveksling mellom konkurrenter .....</b>	<b>41</b>
7.1 Innledning .....	41
7.2 Utveksling av sensitiv informasjon rundt kommersialiseringsprosessen som i seg selv utgjør brudd på art. 101(1) .....	42
7.3 Utveksling av sensitiv informasjon er et moment i vurderingen av en kommersialiseringsavtales lovlighet .....	43
<b>8 Oppsummering .....</b>	<b>44</b>
<b>9 Kilderegister .....</b>	<b>46</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema for avhandlingen

Horisontale kommersialiseringsavtaler kan være et viktig virkemiddel for å bringe varene ut på markedet. Det kan være mange grunner til at konkurrerende foretak inngår avtaler om å bringe sine produkter ut til markedet og frem til kundene. Ofte vil det kunne føre til en mer effektiv bruk av ressurser når foretak med ensartede mål går sammen for å fremme sine tjenester.

Avhandlingen skal redegjøre for foretaks adgang til å inngå samarbeid i kommersialiseringsfasen. Fokuset vil være på grensen mellom lovlige og ulovlige horisontale kommersialiseringsavtaler. For å komme frem til om en kommersialiseringsavtale er lovlig vil det ofte være nødvendig å foreta en konkret vurdering. Dette betyr at det normalt ikke er mulig å oppstille helt generelle faste regler for når en type kommersialiseringsavtaler vil være lovlig. Avhandlingen vil redegjøre for de momenter som vil være relevante for analysen, og det vil redegjøres for hvordan momentene settes opp mot hverandre i den konkrete vurdering.

Det vil bli tatt utgangspunkt i EU-traktaten (TEUF)<sup>1</sup> art. 101 første ledd. Regelen tilsvarer i all hovedsak den norske konkurranselovens §10<sup>2</sup> og EØS-avtalens art. 53<sup>3</sup>. Den norske konkurranseloven er som følge av EØS-avtalen i stor grad inspirert av EUs regelverk. Praksis fra EU har derfor stor vekt også for den norske bestemmelsen.<sup>4</sup> Det tas utgangspunkt i TEUF art. 101 (1) fordi dette er den autentiske bestemmelsen som andre europeiske lands regler er inspirert av. Det er denne bestemmelsen som EU-domstolen direkte former gjennom sine avgjørelser. Måten EU-domstolen tolker denne bestemmelsen på vil derfor få innvirkning på alle lands regelverk.

Etter TEUF art. 101 tredje ledd vil en avtale som rammes av første ledd likevel kunne anses som gyldig. Dette avgjøres etter en vurdering av visse effektivitetsgevinster som leder til at

---

<sup>1</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, (2007).

<sup>2</sup> Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 05.03.2004 nr. 12 (konkurranseloven).

<sup>3</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) jf. LOV-1992-11-27-109

<sup>4</sup> Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 225.

avtalen totalt sett anses som samfunnsnyttig og derfor aksepteres. For å komme frem til en kommersialiseringsavtales gyldighet er det derfor ikke nok å bare vurdere bestemmelsens første avsnitt. Denne avhandlingen vil likevel begrenses til å redegjøre for avtalens stilling etter konkurransebegrensningskriteriet i TEUF art. 101 første avsnitt.

Som følge av oppgavens ordgrense og tidsmessige omfang finner jeg det hensiktsmessig å konsentrere drøftelsen rundt hovedkriteriet i bestemmelsen. Til gjengjeld vil dette muliggjøre en redegjørelse som omfatter flere avtaletyper innen kommersialisering, og det vil gjøre det mulig å undersøke flere interessante problemstillinger.

Det må understrekes at oppgaven ikke tar sikte på å gi et fullstendig bilde av hvordan kommersialiseringsavtalene behandles. Selv om det vil være mulig å tenke seg andre avtaletyper enn de som nevnes i oppgaven, er målet for denne redegjørelsen å gi en ide til hvordan ulike avtaletyper vurderes etter konkurransebegrensningskriteriet. Håpet er dermed at redegjørelsen vil kunne være nyttig også ved vurderingen av andre typer kommersialiseringsavtaler selv om det for disse skulle gjøre seg gjeldende andre momenter og andre hensyn.

Utgangspunktet er det samme i EU-retten som i norsk rett og de fleste andre lands rett; partene er fri til å inngå de avtaler som måtte ønskes. Konkurranseretten representerer et unntak fra denne avtalefriheten som er begrunnet i et ønske om å beskytte konkurransen. Særlig er hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet, både dynamisk og statisk, en viktig grunn til å regulere markedet for å skape eller opprettholde konkurranse.<sup>5</sup> Effektivitetshensynene kan oppsummeres som et ønske om å få så mye ut av ressursene som mulig.<sup>6</sup> Dette vil komme mange ulike aktører i samfunnet til gode, blant annet konsumentene.<sup>7</sup> En nærmere redegjørelse av konkurranserettens formål ligger utenfor oppgavens rammer, men de vil komme til syne under drøftelsen av de ulike typene av samarbeid i kommersialiseringsfasen.

---

<sup>5</sup> For en nærmere redegjørelse av effektivitetshensyn i konkurranseretten, se Kolstad og Ryssdal (2007) kapittel 4-6.

<sup>6</sup> Kolstad og Ryssdal (2007) side 50

<sup>7</sup> Den norske konkurranseloven har i §1 inntatt en formålsbestemmelse som uttrykkelig sier at lovens formål er å fremme en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Bestemmelsens annet ledd viser at forbrukernes interesser er et hensyn som er særlig relevant.

Ordene «avtale» og «samarbeid» vil i det følgende bli brukt om hverandre. Art. 101(1) oppstiller som vilkår at det foreligger kontakt i form av «agreements», «decisions» og «concerted practices». Noen ganger vil det i dagligtalen være mer naturlig å snakke om et samarbeid, uansett hvilke av disse formene for kontakt som faktisk foreligger.<sup>8</sup>

## 1.2 Kommersialiseringsavtalers plass i konkurranseretten

EUs konkurranseregler kan deles inn i tre kategorier. Det kan på den ene side skilles mellom konkurransebegrensende avtaler og samarbeid mellom foretak jf. TEUF art. 101, og et foretaks ensidige misbruk av sin dominerende stilling på den andre, jf. TEUF art.102. For det tredje vil fusjoner reguleres av en egen fusjonsforordning.<sup>9</sup> Kommersialiseringsavtaler vil normalt omfattes av den første av disse tre gruppene. Dette kommer av at det her er tale om to eller flere foretak som inngår et samarbeid. Reglene om misbruk av dominerende stilling handler om foretak av en viss størrelse som ensidig handler på en måte som anses konkurransebegrensende. Fusjonsreglene handler om sammenslåing av to eller flere foretak. Forskjellen på disse og samarbeid etter art. 101 er at fusjoner er mer omfattende og utgjør endringer i selve strukturen til foretakene. Et kommersialiseringssamarbeid som i utgangspunktet reguleres av art. 101 kan likevel ha en flytende overgang til en fusjon.<sup>10</sup> For eksempel kan det tenkes at det opprettes et fellesforetak (joint venture) mellom to foretak. Disse kan gjennom joint venturet samarbeide om blant annet kommersialiseringsprosessen. Dersom joint venturet er et full-funksjons joint venture vil det for dette forholdet reguleres av fusjonsforordningen og ikke av art. 101<sup>11</sup>.

Et samarbeid mellom ulike foretak kan være av både vertikal og horisontal natur. Med vertikale avtaler menes avtaler mellom foretak som med hensyn til avtalen opererer på ulike trinn i omsetningskjeden.<sup>12</sup> For eksempel vil en avtale mellom en produsent og distributør som går ut på at produsenten overlater distribusjonen til distributøren være en vertikal avtale. Motsatt er horisontale avtaler som inngås mellom foretak som for avtalens vedkommende

---

<sup>8</sup> Også domstolen har slått fast at det ikke alltid er nødvendig å skille ut hvilken type kontakt det er tale om så lenge det føres bevis for at forholdet i de minste rammes av ett av de tre alternativene, se HFB Holding fur Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft GmbH and others v Commission, 2002 ECR II-01487, avsnitt 191-192.

<sup>9</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (Fusjonsforordningen)

<sup>10</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 21

<sup>11</sup> Dragvoll (2005) side 71

<sup>12</sup> Evensen (2009) side 232

operer på samme trinn i omsetningskjeden.<sup>13</sup> Et markedsføringssamarbeid mellom to detaljister er et eksempel på en horisontal avtale. Denne avhandlingen vil hovedsakelig konsentreres om de horisontale kommersialiseringsavtaler.

Horisontale avtaler og samarbeid som omfattes av art. 101 kan variere mye i natur. Tidlig i prosessen kan foretak inngå samarbeid om forskning og utvikling av teknologi og mulige inntektsbringende produkter.<sup>14</sup> Videre kan foretakene for eksempel inngå samarbeid rundt innkjøpsprosessen<sup>15</sup>. For slike avtaler foretas en konkret vurdering av vilkårene i TEUF art. 101(1) på samme måte som for kommersialiseringsavtalene. Kommersialiseringsavtalene handler imidlertid om de fasene i prosessen som ligger nærmest opp til markedet. Av denne grunn vil disse avtalene ofte stå i en større fare for å rammes av konkurransebegrensningskriteriet enn de andre formene for horisontale avtaler.<sup>16</sup>

### 1.3 Rettskilder og metode

For konkurranseretten vil rettskildebildet i de store linjer være det samme som for den øvrige EU-retten. Konkurranseretten reguleres av TEUF VII kapittel 1. Kommersialiseringsavtaler vil normalt reguleres av art. 101 som omhandler samarbeid som kan føre til en innskrenkning av konkurransen. I tillegg har EU-Kommisjonen utviklet egne retningslinjer som skal være til hjelp ved vurderingen av horisontale avtaler.<sup>17</sup>

Særlig vil EU-kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler kunne gi veiledning for spørsmålet om hvordan kommersialiseringsavtalene skal vurderes. I tillegg vil praksis fra Kommisjonen og EU-domstolen være relevante rettskilder.

Det foreligger imidlertid ikke mange avgjørelser av EU-domstolen som knyttes konkret til kommersialiseringsavtaler. Det er derfor mange spørsmål som ikke er endelig avklart, men der man må søke etter veiledning andre steder. De nasjonale konkurransetilsynene kan gi et visst innblikk i hvordan praksis er. For det norske Konkurransetilsynets vedkommende er det imidlertid ikke noe praksis som spesifikt omhandler kommersialiseringsavtaler. For de fleste svarene er det derfor nødvendig å la seg veilede av Kommisjonens retningslinjer for

---

<sup>13</sup> Evensen (2009) side 186

<sup>14</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, kapittel 3

<sup>15</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, kapittel 5

<sup>16</sup> Evensen (2009) side 186

<sup>17</sup> 2011/C 11/01 “Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements” (Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid)

horisontale avtaler, samt noe mer frie vurderinger med rot i prinsippene som følger av retningslinjene.

#### *Særlig om Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler*

Retningslinjene er en veiledning som kan være til hjelp ved vurderingen av en kommersialiseringsavtales lovlighet. I hvilken grad de vil være til hjelp vil avhenge av hvor konkret og klart de kan anvendes på den relevante problemstilling. At det vil være naturlig å legge stor vekt på retningslinjenes forslag til løsning kan ikke være tvilsomt.<sup>18</sup> Det er likevel viktig å huske på at retningslinjene ikke er rettslig bindende. De utgjør kun en veiledning som kommisjonen har utformet med det formål å styrke forutsigbarheten på området.<sup>19</sup> Dette analytiske rammeverket skal gjøre det lettere for bedrifter å vite hvilke samarbeid det er akseptabelt å inngå.

Retningslinjenes kapittel 6 angir hvordan kommersialiseringsavtaler skal vurderes etter art. 101. Avsnitt 228 gir en anvisning på hvordan vurderingen skal bli dersom kommersialiseringsavtalen er en del av et større samarbeid. For å avgjøre hvilke prinsipper som skal følges i slike tilfeller, oppstiller retningslinjene en «centre og gravity test» etter prinsippene som er oppstilt i avsnitt 13 og 14. Testen er relevant for å komme frem til hvilke prinsipper som skal følges dersom et samarbeid utgjør mer enn bare en ren kommersialiseringsavtale der delene ikke kan vurderes atskilt.

Det kan tenkes at to dagligvarekjeder inngår en avtale om felles produksjon og felles markedsføring av en hurtigserverings middagsrett. I utgangspunktet vil da produksjonsdelen vurderes etter retningslinjenes kapittel 4 og markedsføringsdelen etter retningslinjenes kapittel 6. Dersom produksjonsdelen av samarbeidet anses for å utgjøre en ulovlig konkurransebegrensning vil denne del av avtalen være forbudt.<sup>20</sup> Hvis samarbeidet imidlertid gjelder en produksjonsavtale kombinert med felles salg av det produserte, der det ikke er mulig å atskille produksjonen fra salget, må man ta stilling til hva som er «centre of gravity» for samarbeidet.

---

<sup>18</sup> Evensen (2009) side 188

<sup>19</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 6: “The purpose of these guidelines is to provide an analytical framework for the most common types of horizontal co-operation agreements...”

<sup>20</sup> TEUF art. 101 (2)



Det avgjørende etter denne testen er for det første hva som er samarbeidets «starting point» og for det andre «the degree of integration of the different functions which are combined.»<sup>21</sup> Ettersom en kommersialiseringsavtale handler om å få produktene ut på markedet, vil det sjelden være «starting point» for et samarbeid som omhandler flere stadier i forretningsprosessen.<sup>22</sup> På den annen side; dersom det er kommersialiseringsprosessen, i dette tilfellet det felles salget, som har fått størst oppmerksomhet og anses for å være tyngden i samarbeidet kan det tenkes at den siste delen av testen trekker i retning av at prinsippene i retningslinjenes kapittel 6 skal følges. Det hele vil bero på en helhetsvurdering.

De eldre retningslinjene fra 2001 slo fast at kommersialiseringsavtaler ikke skulle vurderes etter kapittel 6 fordi centre of gravity-testen alltid vil slå fast at denne delen av samarbeidet ikke utgjorde tyngdepunktet.<sup>23</sup> Van Bael og Bellis stilte spørsmålstegn ved dette<sup>24</sup> ettersom det kunne virke som om disse retningslinjene ikke tok hensyn til at centre of gravity testen bestod av to deler. Retningslinjene av 2011 har imidlertid modifisert ordbruken slik at det nå ikke skal være tvil om at det må foretas en vurdering for å avgjøre hvilke prinsipper som skal følges i kombinerte avtaler og samarbeid.<sup>25</sup>

Endringen i retningslinjenes ordbruk har nok ikke ment å utgjøre en endring av hvilke prinsipper som skal anvendes ved kombinerte avtaler og samarbeid. Endringen viser at retningslinjene ikke alltid kan tas for gitt, men at de kun er ment som en veiledning for hvordan spørsmålene skal løses.

## 1.4 Videre fremstilling

I det følgende skal det begynnes med en kort redegjørelse for hva som generelt ligger i konkurransebegrensningskriteriet. I kapittel 3 skal det redegjøres for kommersialiseringsavtaler som normalt rammes forbudet. Dette vil i hovedsak være avtaler og samarbeid som anses ulovlig etter sitt formål. Deretter vil det foretas særskilte vurderinger av markedsføringsavtaler (kapittel 4), horisontale distribusjonsavtaler mellom konkurrenter

---

<sup>21</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 14

<sup>22</sup> Van Bael & Bellis (2010) side 437

<sup>23</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler av 2001 avsnitt 141

<sup>24</sup> Van Bael & Bellis (2010) side 484

<sup>25</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 228

(kapittel 5), logistikkavtaler (Kapittel 6) og samarbeid som går ut på utveksling av sensitiv informasjon (Kapittel 7). Samarbeidstypene er valgt på bakgrunn av at dette er typiske avtaleformer som går ut på kommersialisering. Samtidig viser avtaletypene at spekteret av kommersialiseringsavtaler er bredt og krever varierte vurderinger. Flere av avtaletypene det skrives om her er også nevnt i kommisjonens retningslinjer.<sup>26</sup> Samlet vil vurderingene vise at ulike momenter kommer til anvendelse avhengig av avtaleformen og de spesifikke forholdene ved avtalen. Til slutt skal det foretas en oppsummering hvor noen konklusjoner vil bli forsøkt trukket på bakgrunn av vurderingene.

---

<sup>26</sup> Se for eksempel avsnitt 225 og 230-233.

## 2 De faktiske og rettslige fundamentene til grunn for analysen

### 2.1 Oversikt

Selv om konkurransebegrensningsvilkåret er det samme, vil det for de ulike typer av kommersialiseringsavtaler foretas drøftelser som kan være ganske ulike fra hverandre. Dette skyldes at kommersialiseringsavtalene utgjør et bredt spekter av forskjellige avtaletyper.<sup>27</sup> For å finne svar på om en avtale eller et samarbeid har konkurransebegrensende virkning er man nødt til å se på de konkrete situasjonene som gjelder.

I dette avsnittet skal det redegjøres kort for hva som ligger i konkurransebegrensningskriteriet. Deretter skal det illustreres hvordan kriteriet blir anvendt ulikt som følge av at kommersialiseringsformen endrer seg. Til slutt skal det knyttes noen bemerkninger til i hvilken grad retningslinjene tar hensyn til at kommersialiseringsavtalens art vil ha mye å si for analysen.

### 2.2 Når foreligger en kommersialiseringsavtale?

Det finnes ingen entydig definisjon av hva som er en kommersialiseringsavtale. Allerede av ordet kan man utlede at det handler om avtaler som angår tilveiebringelsen av produktene til markedet. Det er likevel mer enn det konkrete salg av produkt til marked som omfattes av kommersialiseringsavtalene.

EU-Kommisjonens retningslinjer av 2011 beskriver kommersialiseringsavtaler som samarbeid mellom konkurrenter i salgs-, distribusjons- og promoteringsfasen av deres respektive produkter.<sup>28</sup> Det er nærliggende å trekke en konklusjon om at kommisjonen i retningslinjene lar all aktivitet som er rettet mot å få produktene ut på markedet betegnes som avtaler om kommersialisering. Dette innebærer at avtaler mellom faktiske og potensielle konkurrenter om konkurranseparametere som pris, distribusjonsområde og tidspunkt for salg og ulike rabatter vil omfattes av kommersialiseringsavtalene. Motsatt vil avtaler og samarbeid som gjelder innkjøp av produksjonsutstyr og avtaler som gjelder forskning og utvikling av nye produkter falle utenfor begrepets rekkevidde.

---

<sup>27</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225

<sup>28</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225

## 2.3 Konkurransbegrensningskriteriet anvendt på kommersialiseringsavtaler - ikke en ensartet analyse

### 2.3.1 Innholdet i konkurransbegrensningskriteriet

Ordlyden i TEUF med hensyn til konkurransbegrensningskriteriet lyder:

«... (agreements) which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition...»

En avtale mellom to parter kan ha innebære en konkurransbegrensning på to måter.<sup>29</sup> For det første kan det tenkes at avtalen har slike karakteristika at det er sannsynlig at den generelle konkurransen på markedet vil svekkes. For det andre kan avtalen inneholde begrensninger i handlefriheten til partene på en slik måte at det går ut over noen konkurranseparametere. I begge tilfeller vil avtalen anses ulovlig med mindre den ikke fritas etter art. 101 (3).

Om avtalen har til formål eller til virkning å begrense konkurransen har ingen rettslig betydning. Så lenge avtalen hindrer, begrenser eller på annen måte ødelegger konkurransen vil det rammes av bestemmelsen. I *Société Technique Minière* ble det slått fast at formålskriteriet og virkningskriteriet er alternative kriterier:

“The fact that these are not cumulative but alternative requirements, indicated by the conjunction ‘or’, leads first to the need to consider the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied.”<sup>30</sup>

Det spiller heller ingen rolle for vurderingen av om det foreligger brudd på art. 101 hva slags type konkurransbegrensning det er tale om. Ordene «prevention», «restriction» og «distortion» kan lede til å tro at det er tre spesifikke vurderinger som må gjøres for å fastsette om det foreligger en konkurransbegrensning. I realiteten sier de tre uttrykkene omtrent det samme. Det avgjørende må være om avtalen eller samarbeidet vil endre på det normale forløpet til konkurransen.<sup>31</sup> <sup>32</sup> Dersom dette er tilfelle foreligger det en konkurransbegrensning som vil være forbudt, med mindre et unntak kommer til anvendelse.

---

<sup>29</sup> Evensen (2009) side 179

<sup>30</sup> Sak 56/65 LTM [1966] ECR 235, *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)* side 249

<sup>31</sup> Det kan videre problematiseres hva som egentlig er «konkurranse». Det vil føre for langt å foreta slike inngående drøftelser her. Se Heide-Jørgensen side 118.

Det er ikke bare begrensningen av den faktiske konkurranse som er forbudt etter bestemmelsen. Også avtaler og samarbeid som *potensielt* sett kan begrense konkurransen vil være ulovlig:

“...it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. Whether and to what extent, in fact, such anti-competitive effects result can only be of relevance for determining the amount of any fine and assessing any claim for damages.”<sup>33</sup>

Art. 101 (1) i bokstavene a-e lister opp en rekke avtaletyper som vil stå i en spesielt stor fare for å kunne rammes av forbudet. Denne listen er imidlertid ikke uttømmende for hvilke avtaler som rammes av bestemmelsen, og heller ikke uttømmende for hvilke avtaler som er spesielt utsatt.<sup>34</sup> Dette følger allerede av ordbruken «in particular». Praksis har vist at det er mange forskjellige typer avtaler som kan rammes av art. 101(1).<sup>35</sup>

### 2.3.2 Analysen som følge av variasjoner i kommersialiseringsformen

En kommersialiseringsavtale kan være av svært ulik omfang og natur. For eksempel vil de felles salgsavtaler normalt være omfattende og ha innvirkning på partenes utsalgspriser og følgelig lett utgjøre en konkurranserestriksjon etter sitt formål. En felles avtale mellom konkurrenter om reparasjon av deres homogene produkter omhandler på den annen side bare en begrenset del av salgsprosessen. Slike avtaler vil normalt ikke ha noe formål om å begrense konkurransen. I motsetning til avtaler om felles salg vil det for disse avtalene være nødvendig å foreta en virkningsanalyse. Et skille kan dermed oppstilles mellom avtaler som normalt regnes som konkurransebegrensende etter sitt formål, og de som regnes som konkurransebegrensende etter sin virkning.

---

<sup>32</sup> Heide-Jørgensen (2009) side 118-119

<sup>33</sup> Sak C-8/08 - T-Mobile Netherlands and others v Commission, avsnitt 31

<sup>34</sup> Evensen (2009) side 98

<sup>35</sup> Det samme følger av til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). Den norske konkurranseloven §10 er utformet i samsvar med EØS-traktaten art. 53 og TEUF art. 101.

Et videre skille kan oppstilles på bakgrunn av hvilke parter som inngår avtalen. Avtaler mellom konkurrenter eller potensielle konkurrenter vil ha langt større sannsynlighet for å rammes av forbudet enn avtaler mellom parter som opererer på markeder lang fra hverandre.

Avtaler som handler om viktige konkurranseparametere vil naturlig nok ha større potensiale for å være konkurransebegrensende enn avtaler som er begrenset til å gjelde forhold som det normalt ikke konkurreres om. For eksempel vil tilbudet til kunden, i form av at kvaliteten på produktet eller prisen på salgsvaren, være blant de forholdene som det normalt er størst konkurranse om. Avtaler som samordner eller begrenser variasjonen av disse parameterne vil derfor oftere være konkurransebegrensende enn avtaler om mindre viktige konkurranseparametere slik som tidspunkter for salg og feriedager. En annen sak er at det er ikke *sikkert* at avtaler om viktige konkurranseparametere innebærer en samordning eller en annen form for konkurransebegrensning. Motsatt kan også avtaler om det som normalt er mindre viktige konkurranseparametere også utgjøre alvorlige begrensninger. Derfor er det helt nødvendig å foreta en vurdering av den spesifikke avtales objektive formål og eventuelt konkrete faktiske og potensielle virkninger.

I tråd med dette understreker også retningslinjene at kommersialiseringsavtalene kan variere i stor grad.<sup>36</sup> Som Morais også påpeker<sup>37</sup> går retningslinjene imidlertid ikke i detalj på hvilke former for kommersialiseringsavtaler som normalt ikke vil rammes av forbudet. Morais påpeker videre at det ville øke forutsigbarheten på området dersom retningslinjene gikk lenger i å utdype hvilke kommersialiseringssamarbeid som i all hovedsak må anses som uproblematisk.

Løsningen må ligge i måten man tilnærmer seg analysen av kommersialiseringsavtalene. Analysen bør begynne med å undersøke om forholdet som avtalen gjelder angår et parameter som det i utgangspunktet vil være stor konkurranse rundt. Dette vil gi svar, ikke bare på om avtalen bør anses som konkurransebegrensende etter sitt formål, men også på om virkningen av avtalen har sannsynlighet for å være restriktiv for konkurransen eller ikke. Man kommer imidlertid ikke bort fra at man i virkningsvurderingen blir nødt til å foreta en bred og konkret vurdering av de slag som vil behandles senere i avhandlingen. Her er det lett å være enig med Morais i at retningslinjene med fordel kunne ha økt forutsigbarheten ved å være mer utdypende. I noen tilfeller vil imidlertid praksis fra EU-domstolen ha gitt svar på om

---

<sup>36</sup> Kommissjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225

<sup>37</sup> Morais (2013) side 125

avtale typer av det aktuelle slag regnes som konkurransebegrensende etter sitt formål eller ikke.

### 3 Kommersialiseringsavtaler som normalt vil rammes av forbudet

#### 3.1 Avtaler om felles salg

##### 3.1.1 Utgangspunktet

En avtale mellom konkurrenter som angår pris kan ta mange ulike former. Felles for dem alle er at de har potensiale til å være svært skadelig for konkurransen. Retningslinjene beskriver avtaler om «pricefixing» som en av de største utfordringene for den frie konkurransen.<sup>38</sup>

Det typiske med prisavtaler er at de oppstår på en indirekte måte. Retningslinjene beskriver avtaler som fører til at avtalepartenes kostnader samordnes på en slik måte at hver av partenes utsalgspriser i stor grad harmoniseres, som avtaler som leder til prissamarbeid.<sup>39</sup> Kommisjonen benevner slike avtaler som «joint selling agreements»<sup>40</sup> for de tilfellene hvor samarbeidet er såpass inngående at man åpner et felles salgskontor, også uten det subjektive formål om å harmonisere hverandres utsalgspriser.

TEUF art. 101(1) beskriver som nevnt uttrykkelig visse typer avtaler som står i særlig fare for å være ulovlige. Bokstav a nevner avtaler som «directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions» som en type avtaler som særlig vil stå i fare for å rammes av forbudet. Både ordlyden, praksis fra EU-domstolen og kommisjonens retningslinjer gir uttrykk for at det skal svært mye til for at slike avtaler går klar av samarbeidsforbudet.

Det er ikke uten videre klart hva som omfattes som avtaler om «pris». Det er mer enn den konkrete prisfastsettelse som omfattes av bestemmelsen.<sup>41</sup> Avtaler om størrelsen og tidspunktet for ulike rabatter kan også utgjøre et prissamarbeid. Det samme kan enighet rundt tidspunktet for fastsettelsen av prisøkninger.<sup>42</sup> Praksis viser at alle typer avtaler som har en virkning på prisen som de faktiske eller potensielle konkurrentene skal operere med vil bli ansett som avtaler om pris.<sup>43</sup> Å hindre en enkel omgåelse av reglene vil naturlig være en

---

<sup>38</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 234

<sup>39</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225 og 234-235.

<sup>40</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225

<sup>41</sup> Evensen (2009) side 134

<sup>42</sup> Pre-Insulated Pipe Cartel, OJ 1999 L 24/1

<sup>43</sup> Siragusa og Rizza (2007) side 56-61 gir en stor oversikt over hvilke typer avtaler som har blitt ansett for å være avtaler om pris.



sentral oppgave for lovgiverne. Når det er avgjort at prissamarbeid normalt allerede etter sitt formål skal utgjøre en konkurransebegrensning må mange ulike avtale typer som angår pris omfattes for at det ikke skal være nødvendig å foreta en bredere vurdering ved ethvert avvik fra de rene og eksplisitte prissamarbeidsavtaler.

Et kartell er ikke et rettslig begrep med en entydig juridisk betydning. Derimot brukes det i dagligtale til å beskrive virksomhet der konkurrenter inngår avtaler som i betydelig grad innskrenker konkurransen. Spesielt vil skjulte avtaler som har til formål å begrense konkurransen gjennom samordning av utsalgsprisene bli omtalt som priskarteller<sup>44</sup>

EU-domstolen og Kommisjonen har i en rekke avgjørelser slått fast at priskarteller er å anse som ulovlig samarbeid.<sup>45</sup> I *European Night Services v Commission* uttalte førsteinstansdomstolen at en avtale om “pricefixing” er en “agreement containing obvious restrictions on competition.”<sup>46</sup> Det EU-domstolen sier er at samarbeid som skal harmonisere prisen til faktiske eller potensielle konkurrenter allerede etter sitt formål er konkurransebegrensende. Når man har fastlagt at formålet med en avtale er konkurransebegrensende er det ikke nødvendig å vurdere virkningen av avtalen. Når EU-domstolen slår fast at det er en generell presumpsjon for at avtaler om priskalking har konkurransebegrensende formål gis det ikke rom for å vurdere om det kan være andre hensikter med å inngå avtalen.<sup>47</sup> Det samme følger av den eldre avgjørelsen i *Societe Minitere* som uttrykkelig uttalte:

“...contrary to what the referring court claims, there is no need to consider the effects of a concerted practice where its anti-competitive object is established.”<sup>48</sup>

Konsekvensen er at art. 101(1) får en stor rekkevidde uten at partene får en faktisk mulighet til å argumentere for deres formål med å inngå avtalen. Dette kan virke inngripende, men det må ses i sammenheng med at det er lite tenkelig at en prissamarbeidsavtale skal ha andre og mer tungtveiende hensikter enn å begrense den faktiske eller potensielle konkurransen.

---

<sup>44</sup> Ezrachi (2014) side 119

<sup>45</sup> Se for eksempel Polypropylen-saken 86/398/EEC og Rubber Chemicals T-85/06

<sup>46</sup> *European Night Services* Forenede saker T-374, 375, 384, 388/94, avsnitt 136

<sup>47</sup> Forenede saker 56/64 and 58/64 *Consten and Grundig v Commission* [1966] avsnitt 342, og sak C-105/04 *P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v Commission* [2006], avsnitt 125

<sup>48</sup> Sak C-8/08 - *T-Mobile Netherlands and others v Commission*, avsnitt 30

At man kommer til at en avtale har konkurransebegrensende formål som følge av at den omfatter prissamarbeid er ikke til hinder for at unntaket i art. 101(3) kan komme til anvendelse. En annen sak er det svært sjelden vil være tilfellet at et omfattende prissamarbeid skal kunne forsvares etter art. 101(3).<sup>49</sup>

### 3.1.2 Unntak?

Pris vil være en sentral faktor å ta stilling til for de fleste aktører når det kommer til kommersialiseringen. Som følge av at kommersialiseringen handler om å få produktene ut på markedet er det nærliggende at tanker rundt prissetting av produktene er særlig aktuelt rundt denne fasen. Når det så inngås avtaler mellom konkurrenter er det dermed naturlig at kommisjonen legger særlig vekt på å avdekke prissamarbeid. At avtaler om pris anses som konkurransebegrensende etter sitt formål er en konsekvens av dette, men det er ikke sikkert at alle avtaler om pris bør ses på med like stor grad av strenghet.

Et spørsmål er om det finnes unntak fra presumpsjonen om at avtaler om prissamarbeid har konkurransebegrensende formål. Når domstolen har slått fast at det foreligger en presumsjon for konkurransebegrensende formål er det nærliggende å tenke at det ikke er rom for noen inngående drøftelse av hva som var de faktiske årsaker til inngåelsen av avtalen. Selv om formålsvurderingen er objektiv er det ikke noe i veien for å bruke partenes subjektive oppfatninger som et moment i den objektive vurderingen.<sup>50</sup> Når det er påvist konkurransebegrensende formål er det derimot ikke grunn til å gå inn på en virkningsvurdering. På tross av dette finnes det eksempler på at kommisjonen har kommet til at det foreligger et prissamarbeid, men hvor formålet har blitt vurdert som akseptabelt.

I REIMS II kom Kommisjonen til at 14 nasjonale postoperatører hadde inngått en prisavtale i strid med art. 101(1). Avtalen gikk ut på at prisen på ulike tjenester skulle følge av harmoniserte prosentsatser. Prosentsatsene var riktignok individuelle ettersom det var en prosentandel av de nasjonale tariffene som utgjorde grunnlaget. Kommisjonen kom likevel til at det forelå en slik grad av prisharmonisering at art. 101(1) var brutt.<sup>51</sup> Det spesielle er at Kommisjonen først vurderte formålet med avtalen, og kom til at det som utgangspunkt ville

---

<sup>49</sup> Ezrachi (2014) side 116

<sup>50</sup> GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission (2009) C-513/06, avsnitt 58

<sup>51</sup> OJ 1995 L 275/17, REIMS II

bli ansett som et prissamarbeid, men at avtalen hadde «unusual characteristics». Derimot kom de til at avtalen hadde en potensielt konkurransebegrensende virkning og at den derfor måtte rammes av forbudet.

I Visa International/Multilateral Interchange Fee kom Kommisjonen til at en samarbeidsavtale som kunne minne om et priskartell, ikke hadde til formål å begrense konkurransen.<sup>52</sup> Avtalen gikk ut på at Visa introduserte en såkalt MIF (Multilateral Interchange Fee). Dette er et lite gebyr som en bank må betale når en Visa-kunde tar ut eller setter penger inn i banken.<sup>53</sup> Den konkurransemessige utfordringen ligger i at banken normalt vil dytte kostnaden over på kundene som derfor pålegges å betale et gebyr hver gang man benytter seg av Visa-kortet i banken. Dette betegnes som en «knock-on effekt».<sup>54</sup> Det første spørsmålet Kommisjonen tok stilling til var om et slikt gebyr indirekte medførte et prissamarbeid som følge av at det førte til at en del av kostnaden for kunden ble felles bestemt for alle bankene, og dermed at det ble foretatt en prisharmonisering:

«...the Commission considers that the MIF in the Visa system restricts competition within the meaning of Article 81(1) EC/Article 53 EEA by restricting the freedom of banks individually to decide their own pricing policies.”

Kommisjonen kom dermed til at det forelå en konkurransebegrensende effekt som følge av gebyret, fordi det førte til en harmonisering av bankenes pris. Bankene stod mindre fritt til å avgjøre sin egen pris når Visa sitt gebyr allerede utgjorde en del av prisen.

Kommisjonen uttalte deretter:

“However, the Commission does not consider the MIF agreement to be a restriction of competition by object, since a MIF agreement in a four-party payment system such as that of Visa has as its objective to increase the stability and efficiency of operation of that system (see section 8.1.1 below), and indirectly to strengthen competition between payment systems by thus allowing four-party systems to compete more effectively with three-party systems.”

Det ble dermed konkludert med at samarbeidet ikke hadde et konkurransebegrensende formål. Kommisjonen legger vekt på at avtalen hadde flere gode grunner for seg som gjorde at den

---

<sup>52</sup> OJ 2002 L 318/17, Visa International/Multilateral Interchange Fee

<sup>53</sup> Columbia Business Law Review side 703

<sup>54</sup> Columbia Business Law Review side 703

kunne forsvares på tross av at den faktisk også kunne tenkes å harmonisere bankenes priser. Systemeffektiviseringen ble vurdert som det objektivt sett viktigste formålet med avtalen. Det er flere grunner som gjør en slik konklusjon forsvarlig. For det første var den påståtte prisharmoniseringen av en svært indirekte natur. Visa påla på ingen måte de ulike bankene å sette en bestemt pris. I de typiske «joint selling» samarbeidene som også retningslinjene beskriver<sup>55</sup> er det snakk om ganske inngående samarbeid i en rekke ledd som gjør at den endelige prisen til de ulike konkurrentene sannsynligvis vil utarte seg til å bli ganske like. Til sammenligning var det i Visa-saken bare ett enkelt tiltak, MIF-gebyret, som man fryktet skulle føre til en harmonisering av pris.

På den annen side kan det stilles spørsmål ved retningslinjenes og EU-domstolens faste holdning til at prissamarbeid har som formål å begrense konkurransen. Når førsteinstansdomstolen i *European Night Services* uttaler at «pricefixing» er en «obvious» begrensning i konkurransen, kan dette tas til uttrykk for at domstolen enten benytter det noe vage begrepet «pricefixing» utelukkende i situasjoner med mer direkte prissamarbeid; alternativt at holdningen i premissene har en tendens til å være noe ensidig utelukkende overfor muligheten til at også prissamarbeid kan ha hensiktsmessige formål.<sup>56</sup> Det må imidlertid understrekes at den klare hovedregelen er at prissamarbeid regnes som konkurransebegrensende etter sitt formål, og at Visa-saken illustrerer et sjeldent unntak.

Selv om hverken Visa-saken eller REIMS II angikk kommersialiseringsavtaler kan det på samme måte tenkes at det under visse omstendigheter kan foreligge slike «unusual characteristics» som vil resultere i at det i det konkrete tilfellet av kommersialiseringssamarbeid ikke skal anses å foreligge en avtale med konkurransebegrensende formål. Et minstevilkår for å komme frem til en slik konklusjon må i hvert fall være at det objektivt sett klart viktigste formålet med avtalen må være av en legitim karakter. Hva som ellers skal kreves må bero på en konkret vurdering av avtalen.

---

<sup>55</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225

<sup>56</sup> Van Bael & Bellis (2010) problematiserer retningslinjenes bruk av uttrykket «pricefixing». Det er uklart om uttrykket der referer seg utelukkende til de uttrykkelige prisavtaler eller om også samarbeid som ikke uttrykkelig handler om pris, men som etter hvert fører til en prisharmonisering også omfattes. Side 485-486.

### 3.2 Avtaler om oppdeling av markedet

I likhet med prissamarbeid regnes også avtaler som leder til oppdeling av markedet blant de avtaler som normalt vil være i strid med art. 101(1). Kommersialiseringsavtaler som fører til oppdeling av markedet er av retningslinjene omfattet blant de avtalene som beskrives som «main competition concerns».<sup>57</sup> Grunnen til dette er at slike avtaler i særlig stor grad vil svekke og sannsynligvis eliminere konkurransen.

Oppdeling av markedet kan skje på flere måter. For det første kan det være en geografisk oppdeling ved at konkurrenter blir enige om å ikke selge sine produkter på den andre konkurrentens område. Dette vil hindre konkurranse som gjør at begge partene for eksempel kan beholde en høyere pris enn de ville klart på et område med konkurranse.

For det andre kan markedsdelingen foregå ved at konkurrenter på det samme geografiske markedet blir enige om å ikke tilby de samme produktene. Også dette vil eliminere konkurransen på markedet.

Som følge av at avtaler om markedsdeling fører til en så tydelig svekkelse av konkurransen regnes slike avtaler primært for å være konkurransebegrensende allerede etter sitt formål.<sup>58</sup> Det vil dermed normalt ikke være nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkning. Det foreligger med andre ord en presumpsjon for at avtaler som fører til markedsdeling er konkurransebegrensende allerede etter sitt formål.

En tredje kategori som av kommisjonen også regner som svært konkurransebegrensende og dermed omfattes av de avtaler som vil utgjøre en konkurransebegrensning etter sitt formål er avtaler som setter begrensninger på salget. Som vi skal se senere vil avtaler som begrenser en parts handlefrihet ofte være i strid med art. 101(1). En avtale som setter begrensning på selve salget blir derfor strengt iaktatt av kommisjonen:

«Secondly, commercialisation agreements may also facilitate output limitation, because the parties may decide on the volume of products to be put on the market, therefore restricting supply.»<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, kapittel 6.3.1.

<sup>58</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 232

<sup>59</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 231

## 4.0 Markedsføringssamarbeid

### 4.1 Innledning

Ulike foretak kan ha god nytte av å samarbeide om markedsføringen for sine salgsvarer. Dette vil typisk være aktuelt når partene har generisk like produkter som representerer ulike alternativ for kunden. Det kan også tenkes at foretak går sammen om markedsføringen av helt ulike produkter. I noen tilfeller vil produktene ha en slik sammenheng at det vil være naturlig å markedsføre dem sammen. En forutsetning for at slike avtaler skal representere en konkurranserettslig utfordring etter de horisontale prinsipper er at de er faktiske eller potensielle konkurrenter. Dersom dette ikke er tilfellet må samarbeidet vurderes etter retningslinjene for vertikale avtaler for de tilfeller samarbeidet gjelder vertikale avtaler.

Avtaler om markedsføring vil etter sin natur ofte være kommersialiseringsavtaler. Dette fordi markedsføring handler om å øke salget ved å gjøre kundene oppmerksomme på produktet. Det er dermed et tiltak direkte knyttet til å få produktet ut på markedet. Kommisjonen nevner avtaler om markedsføring som et eksempel på kommersialiseringsavtaler av de slag som er begrenset til en spesifikk kommersialiseringsfunksjon.<sup>60</sup>

Det kan tenkes at to dagligvareforretninger går sammen med en jordbærprodusent gjennom en felles reklamekampanje for å fremme salg av jordbær. Alle tre parter vil ha nytte av markedsføringen. De to dagligvareforretningene er konkurrerende detaljister og det vil derfor være nødvendig å foreta en analyse basert på de horisontale retningslinjer. Retningslinjenes kapittel 6 vil gi veiledning for løsningen som følge av at markedsføringsavtalen mellom de to detaljistene er en kommersialiseringsavtale. Jordbærprodusenten vil derimot fungere i et tidligere ledd i omsetningskjeden og avtalen er for dennes del ikke å anse som en horisontal kommersialiseringsavtale. I forholdet mellom detaljistene må det stilles spørsmålet om avtalen er av en slik art at den vil være konkurransebegrensende.

Som utgangspunkt vil avtaler om markedsføring ikke være i strid med konkurransereglene. I motsetning til avtaler om pris og om markedsdeling<sup>61</sup> vil slike avtaler ikke presumeres å ha konkurransebegrensende formål.<sup>62</sup> Det er ikke grunn til å presumere at et samarbeid om felles markedsføring i seg selv skal være ment å begrense konkurransen.

---

<sup>60</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 225.

<sup>61</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt kapittel 6.3.1

<sup>62</sup> Van Bael & Bellis (2010) side 498

Ved formålsvurderingen tar man utgangspunkt i det objektive formålet bak avtalen:

In order to determine whether an agreement has as its object the restriction of competition, it is not necessary to inquire which of the two contracting parties took the initiative in inserting any particular clause or to verify that the parties had a common intent at the time when the agreement was concluded. It is rather a question of examining the aims pursued by the agreement as such, in the light of the economic context in which the agreement is to be applied.<sup>63</sup>

Et samarbeid om markedsføringsprosessen kan ha mange legitime formål. For det første vil en felles innsats rettet mot kundene føre til en økning av den felles kundemassen. Dette vil komme begge aktører til gode på tross av deres konkurranse seg imellom. Det kan også tenkes at man kan få oppmerksomhet fra hverandres markeder. Slik vil et samarbeid kunne innebære et gode for konkurransen. Dersom et markedsføringssamarbeid angående potensielt alternative produkter leder til at man får tilgang til hverandres markeder vil avtalen fremme konkurranserettens eget formål som er å fremme konkurransen.

For det andre kan foretakene spare mye ved å dele på kostnadene for dyre reklamekampanjer. Dette vil være mest praktisk i vertikale forhold, men det kan for eksempel også tenkes at to råvareprodusenter går sammen om å markedsføre sine felles råvarer for å øke den generelle interessen for råvaren.

For det tredje kan det være svært lønnsomt for et foretak å bli identifisert med et annet foretak som har et godt rykte og er mer profilerte. Dette vil øke interessen og omdømmet til foretaket og det vil kunne gi langvarige gevinster også etter at markedsføringssamarbeidet er avsluttet. Det kan tenkes at to advokatfirmaer går sammen om å finansiere et arrangement for jusstudenter. Hvis ett av de to firmaene er ukjent for de fleste studenter vil det ha god nytte av å bli presentert sammen med et stort og velrennomert advokatfirma.

---

<sup>63</sup> Forenede saker 29/83 og 30/83 *Compagnie royale asturienne des mines og Rheinzink v Commission* avsnitt 26. Se også sak C-209/07 *Beef Industry Development Society Ltd.* avsnitt 16 og 21.

I det hele er det på det rene at det finnes mange gode grunner for å inngå samarbeid om markedsføringen og det er derfor ikke grunn til å presumere at markedsføringssamarbeid i seg selv har konkurransebegrensende formål.<sup>64</sup>

Det er også mulig at bare *en del* av samarbeidet anses for å være i strid med konkurransereglene. Markedsføringssamarbeidet kan i det store og det hele vurderes som legitimt. En avtalebasert begrensning i adgangen til å markedsføre produktet utenom den felles markedsføringen vil likevel lett tenkes å utgjøre en ulovlig konkurransebegrensning. Denne delen av avtalen ville i et slikt tilfelle være å anse som ugyldig etter art. 101 (2).

#### 4.2 Nærmere om grensen mellom lovlige og ulovlige markedsføringsavtaler – virkningsanalysen

Det kan tenkes at en markedsføringsavtale etter sitt formål i utgangspunktet er å anse som lovlig, men som på grunn av påvirkningen i det konkrete markedet likevel blir å anse for å ha konkurransebegrensende virkning. For å vurdere lovligheten av en markedsføringsavtale er det nødvendig å gå gjennom en virkningsanalyse. Det forutsettes i det følgende at de øvrige vilkår i art. 101(1) er oppfylt slik at det avgjørende spørsmål for samarbeidets lovlighet vil være om avtalen har konkurransebegrensende virkning.

For å konstatere at vilkåret er oppfylt er det ikke nødvendig at avtalen faktisk har ført til en innvirkning på markedet. Også avtaler som potensielt sett kan være konkurransebegrensende omfattes av forbudet.<sup>65</sup> Her må det imidlertid settes opp en grense. Det er naturlig at det må være en viss grad av sannsynlighet for at virkningen faktisk skal inntreffe. Hvis ikke ville det lett føre til at begrensningen i avtalefriheten ble strukket alt for langt. I *European Night Services* ble det hele beskrevet slik:

“It must also be stressed that the examination of conditions of competition is based not only on existing competition between undertakings already present on the market but also on potential competition, in order to ascertain whether, **in the light of the structure of the**

---

<sup>64</sup> <http://www.webpronews.com/benefits-of-joint-venture-marketing-2002-05/> inneholder en lang liste med fordeler ved joint venture-markedsføring. Mange av de opplistede fordelene har relevans for alle typer horisontal markedsføringssamarbeid.

<sup>65</sup> Kommisjonenens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 26



**market and the legal and economic context within which it functions, there are real and concrete possibilities** for the undertakings concerned to compete...’’<sup>66</sup>(uthevet her).

Markedsføringsavtaler mellom faktiske og potensielle konkurrenter står i størst fare for å rammes av samarbeidsforbudet. Samarbeidsforbudet gjelder i den grad samarbeidet har som formål eller virkning å begrense konkurransen. Hvis to parter som absolutt ikke er konkurrenter og heller ikke har potensiale til å være konkurrenter inngår en kommersialiseringsavtale, er sannsynligheten for at dette samarbeidet innebærer en potensiell konkurransebegrensning langt mindre enn dersom de samarbeidende partene konkurrerer om de samme kundene.

#### 4.2.1 Markedsandel som vurderingsfaktor

For å undersøke en avtales virkning på markedet er det nødvendig å foreta en analyse av markedsmakten til aktørene.<sup>67</sup> Et første trinn er å identifisere det relevante markedet. Her vil både produktmarkedet og det geografiske markedet være relevant. Ved vurderingen av markedsføringsavtaler vil det relevante geografiske marked være det geografiske området som reklamekampanjen sikter på å nå. Det ligger utenfor avhandlingens rammer å redegjøre for hvordan det relevante markedet skal identifiseres. Her skal det pekes på hva markedsmakten kan bety for vurderingen av kommersialiseringsavtalen.

Retningslinjene antyder at aktører som har en samlet markedsmakt på under 15% normalt ikke vil kunne inngå avtaler som har konkurransebegrensende virkning.<sup>68</sup> Det er imidlertid viktig å understreke at dette ikke kan slås fast som en absolutt regel.

Retningslinjene beskriver avtaler der aktørene overstiger en samlet markedsandel på 15% som avtaler utenfor det såkalte «safe harbour». For disse avtalene er det nødvendig å vurdere virkningene. Det kan imidlertid stilles spørsmål tegn ved om det er riktig å karakterisere 15%-grensen som et «safe harbour». Morais<sup>69</sup> mener retningslinjene sår tvil om sitt eget standpunkt ettersom de allerede i neste setning sier at «In any event, if the parties’ combined market share

---

<sup>66</sup> Forenede saker T-374, 375, 384, 388/94 European Night Services and others v Commission, avsnitt 137, jf. også Evensen (2009) side 141.

<sup>67</sup> Evensen (2009) side 180

<sup>68</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 240

<sup>69</sup> Morais (2013) side 125-126

does not exceed 15% it is likely that the conditions of article 101(3) are fulfilled.»<sup>70</sup> Hvis det faktisk hadde vært tale om et «safe harbour» skulle man ikke være nødt til å komme med tilleggsbemerkninger til hvorfor avtalen skal anses som lovlig. Unntakene i tredje ledd er bare aktuelle å anvende i de tilfeller hvor det er konstatert brudd på første ledd. Retningslinjenes noe uklare standpunkt tilsier at det er fornuftig å foreta en vurdering av samarbeidets virkninger også der markedsmakten er under 15%. Dette må i hvert fall gjelde når den samlede markedspekt ligger nært opp til 15%.

Det gjenstående spørsmål er dermed hvor langt ned man skal gå før det faktisk vil være uaktuelt å operere med konkurransebegrensende virking. Grunnen til at dette spørsmålet kan reises er at det alltid vil være en mulighet for konkurransebegrensende effekter på markedet også når markedsandelen til aktørene er minimal. En avtale om markedsføring som leder til at de to konkurrentene ikke går inn på hverandres markeder vil være konkurransebegrensende også når deres samlede markedsandel er 2%. Likevel er det på det rene at en slik avtale ikke rammes av forbudet fordi den totale virkingen på markedet er ubetydelig.

En klar grense kan trekkes opp etter de minimis notice.<sup>71</sup> Dette er en retningslinje utgitt av kommisjonen. I tilfellene over her kan det tenkes at det også vil være unødvendig å vurdere virkingen. Som retningslinjene viser er det imidlertid vanskelig å stille opp en eksakt markedsandelsgrense der det vil være sikkert at avtaler under grensen ikke trenger å gjennomgå en virkningsanalyse. En nærmere drøftelse av merkbarhetskriteriet vil ikke bli foretatt.<sup>72</sup>

I den andre enden av skalaen er det på det rene at to foretak som sammen er svært dominerende på markedet neppe kan inngå i særlig tette samarbeid i kommersialiseringsfasen ettersom man da ofte vil kunne påvise en faktisk eller potensiell virkning på markedet i konkurransebegrensende retning.

---

<sup>70</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 240

<sup>71</sup> Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice), 30 August 2014

<sup>72</sup> Se Van Bael & Bellis (2010), side 489 flg.

#### 4.2.2 Adgang til et nytt marked

Det vil normalt ikke føre til noen begrensning i konkurransen dersom samarbeidet objektivt sett er nødvendig for at det ene parten skal komme inn på et marked.<sup>73</sup> Slike samarbeid kan faktisk være med på å fremme konkurransen i det lange løp, ettersom dette vil bety flere aktører på markedet. Når kommisjonens retningslinjer uttrykkelig sier at slike avtaler sjelden vil føre til konkurransebegrensning<sup>74</sup>, er det grunn til å tro at avtaler som *ellers* ville regnes som ulovlige, *likevel* anses som lovlige fordi det har den positive effekt at det blir flere aktører på markedet. Dette forutsetter imidlertid at samarbeidet på et eller annet tidspunkt opphører slik at partene til slutt opptrer som individuelle konkurrenter på markedet. Når kommisjonen aksepterer samarbeid mellom parter som gjør at den ene parten kommer inn på et nytt marked må dette være under forutsetning av at samarbeidet en gang vil ta slutt. Spørsmålet er dermed hvor lang tid det kan gå etter at den nye aktøren har kommet seg inn på markedet at samarbeidet kan fortsette uten å komme i strid med art. 101(1).

Utgangspunktet må tas i ordlyden. I følge bestemmelsen skal avtaler som har til virkning en begrensning i konkurransen på det relevante marked være forbudt. Dette tilsier at avtalen må vurderes fortløpende for å undersøke om effektene av den er at konkurransen begrenses.

Ved avtaleinngåelsen vil situasjonen være at det ikke forelå noen potensiell mulighet for konkurranse fordi den ene parten alene ikke ville være i stand til å komme inn på markedet.<sup>75</sup> På dette tidspunktet har avtalen ikke ført til noen konkurransebegrensning. Med en gang etableringen av den nye aktøren på markedet er et faktum kan situasjonen være en annen.

Hvis et opphør av avtalen vil føre til at parten på nytt faller ut av markedet er det naturlig å vurdere situasjonen på samme måte som ved avtaleinngåelsen. Hvis parten vil være i stand til å klare seg på egenhånd er derimot hensynet som begrunnet adgangen til å inngå avtalen falt bort. Spørsmålet er da om man vil ha en plikt til å umiddelbart opphøre samarbeidet.

Ut fra en ren lovtolkning er en slik konklusjon nærliggende. Begrunnelsen er at avtalen vil, etter at begge partene er etablert på markedet, ikke være ulik en hvilken som helst annen

---

<sup>73</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 237

<sup>74</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 237

<sup>75</sup> Ritter og Braun (2005) side 240 gir som eksempel på begrunnelse for at en part ikke klarer å komme inn på markedet at kostnadene blir for store, eller at hver part individuelt ikke vil være i stand til inngi et godt nok tilbud i en anbudskonkurranse også retningslinjenes forklaring i avsnitt 237.

avtale mellom konkurrenter. Det er da ingen grunn til å forskjellsbehandle en slik avtale fra andre avtaler mellom konkurrenter som har vært inne på markedet fra før.

#### 4.2.3 Markedsføringssamarbeid som leder til gjennomsiktighet

Et spørsmål er i hvilken grad man kan tillate gjennomsiktighet blant foretakene som samarbeider om markedsføringen. Et inngående samarbeid om markedsføring vil ofte innebære et gjensidig innblikk i hverandres forretningsstrategier. Det er nærliggende at et tett samarbeid om markedsføringen vil resultere i deling av informasjon rundt aspekter som fremtidige salgskampanjer, satsningsområder og prisstrategier. I noen tilfeller vil slik gjennomsiktighet føre til at partene vil kunne tilpasse seg i så stor grad at det hele blir sett på som kartellvirksomhet og dermed ulovlig etter sitt formål.

I tilfeller hvor utvekslingen av informasjon ikke fører så langt som et kartellignende samarbeid vil gjennomsiktigheten være et relevant moment i virkningsvurderingen. Informasjonsutvekslingen kan bidra til en tilnærming mellom partene slik at konkurransen på noen områder svekkes som følge av gjensidig forutsigbarhet. En kumulasjon av dette og andre faktorer som markedsføringssamarbeidet fører med seg kan til slutt tenkes å utgjøre en konkurransebegrensning etter sin virkning.

For eksempel kan det tenkes at to konkurrenter går sammen om å skape en felles internettplattform for salg av sine produkter. Etter en konkret vurdering kommer konkurransemyndighetene til at dette gjør det vanskeligere for kundene å skille mellom de to konkurrentene. Markedet er på forhånd oligopolistisk og det er derfor viktig å ikke miste flere aktører. Det kan videre tenkes at partene foretar grep for å gjøre det lettere for kundene å skille mellom dem. For eksempel vises produktene til den ene parten med lilla bakgrunn på nettsiden. Den andre partens produkter markedsføres med grønn bakgrunn. Dette gjør at konkurransemyndighetene slår seg til ro. Hvis det deretter kommer frem at samarbeidet har ført til at partene har fått innblikk i hverandres fremtidige salgskampanjer, som muliggjør at partene kan harmonisere hverandres salgskampanjer for å rette seg mot de samme kundene og på de samme tidspunktene kan dette vise seg å være momentet som avgjør at avtalen likevel fører til en potensiell konkurransebegrensende virkning. Graden av informasjonsutveksling er følgelig et moment som det er nødvendig å være oppmerksom på, og særlig i tilfeller hvor informasjonen gjelder mulige konkurranseparametere.

#### 4.2.4 Helhetsvurdering

Det er den totale virkningen av avtalen som vil være avgjørende for om det foreligger konkurransebegrensende effekter eller ikke.<sup>76</sup> Dette betyr at alle mulige relevante detaljer skal være med i analysen.<sup>77</sup> Et spørsmål som må stilles er om avtalen begrenser partenes handlefrihet på en slik måte at konkurransen begrenses.<sup>78</sup> For eksempel kan det tenkes at avtalen regulerer tidspunktene for salg av partenes produkter. Dette er et viktig konkurranseparameter i kommersialiseringsprosessen og vil følgelig lett føre til en konstatering av konkurransebegrensning.

Et annet spørsmål som kan være relevant er hvordan konsentrasjonsgraden på markedet er.<sup>79</sup> Desto flere aktører det er på markedet, desto mindre betydning vil to aktørers handlinger bringe med seg, for eksempel fordi såkalt «tacit collusion» vil ha vanskeligere for å finne sted.<sup>80</sup>

I helhetsvurderingen vil det være nødvendig å ta stilling til mange faktorer som isolert sett kan anses som akseptabelt, men som på grunn av sine samlede virkninger kan føre til at det foreligger konkurransebegrensende virkning. Retningslinjene gir et eksempel:

“The likelihood of a collusive outcome depends on the parties’ market power and the characteristics of the relevant market. Commonality of costs can only increase the risk of a collusive outcome if the parties have market power and if the commercialisation costs constitute a large proportion of the variable costs related to the products concerned”<sup>81</sup>

Vi ser her at det både er momenter ved avtalen og karaktertrekk ved markedet som samlet fører til at avtalen blir å anse som konkurransebegrensende.

---

<sup>76</sup>Sak C-234/89 Sergio Delimitis v Henniger Brau AG viser tydelig at analysen kan være svært omfattende, jf. også Evensen side 141

<sup>77</sup> Evensen (2009) side 140

<sup>78</sup> Evensen (2009) side 181

<sup>79</sup> Evensen (2009) side 182

<sup>80</sup> Evensen (2009) side 177-186 lister opp flere momenter som kan være relevante ved analysen.

<sup>81</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 242

## 5 Distribusjonsavtaler mellom konkurrenter

### 5.1 Innledning

Distribusjonsavtaler har ikke en entydig rettslig betydning.<sup>82</sup> Lunde nevner som eksempler på distribusjonsavtaler agent/kommisjonsavtaler, eneforhandleravtaler, avtaler om eksklusivt kjøp eller eksklusive leveringsplikter og avtaler om selektiv distribusjon eller franchise.<sup>83</sup> For at en avtale skal anses som en distribusjonsavtale må den ha et langsiktig preg og ikke bare inneholde en enkelt transaksjon.<sup>84</sup> Slike avtaler kan inngås av flere gode grunner. Gjerne er det slik at den ene aktøren vil være bedre spesialisert på et område enn den andre. Effektivisering av salget kan derfor tale for at den ene konkurrenten lar den andre ta seg av distribusjonsdelen; dette er noe begge foretakene vil tjene på.

Avtaler om distribusjon vil ofte omfattes av kategorien kommersialiseringsavtaler. Dette fordi distribusjonen ofte handler om produktenes flyt ut til markedet. Av denne grunn vier også retningslinjene mye plass til distribusjonsavtalene i kapittel 6. Det kan tenkes at to konkurrenter samarbeider gjennom en distribusjonsavtale for å få sine produkter ut på markedet.

I motsetning til de andre formene for kommersialiseringsavtaler vi har sett på, er distribusjonsavtaler mellom konkurrenter ikke utpreget horisontale. En distribusjonsavtale vil normalt være å anse som en vertikal avtale. Dette fordi vertikale avtaler er avtaler som inngås mellom parter som i forbindelse med avtalen opptrer på ulike trinn i omsetningskjeden.<sup>85</sup> Distribusjon er i seg selv et annet trinn i omsetningskjeden enn selve utformingen av produktet. Det ligger derfor nærmest i definisjonen av distribusjonsavtaler at de vil ha et vertikalt preg. Dette synet må imidlertid modifiseres for de tilfellene der avtalen inngås mellom faktiske eller potensielle konkurrenter, altså i den horisontale linjen. Det er ikke uten

---

<sup>82</sup> Lunde (2007) side 2

<sup>83</sup> Lunde (2007) side 2

<sup>84</sup> Henriksson (2012) side 20 "Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurransrättsliga aspekter" Norstedts Juridik, 2012

<sup>85</sup> En definisjon av vertikale avtaler følger av de vertikale gruppefritakets art. 1 (1) a og nærmere i Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler, avsnitt 25.

videre opplagt om slike avtaler skal vurderes etter prinsippene for de horisontale eller vertikale avtaler.

Distribusjonsavtaler kan inngås i et tidlig ledd i omsetningskjeden. En produsent kan for eksempel inngå en distribusjonsavtale med en grossist. Distribusjonsavtaler kan imidlertid også inngås på et senere trinn i omsetningskjeden, for eksempel når det samme foretaket produserer og selger sine egne varer ut på markedet for så å inngå en avtale med en detaljist som i utgangspunktet er en konkurrent. I det sistnevnte tilfellet er det tale om en kommersialiseringsavtale mellom to faktiske eller potensielle konkurrenter.

Det skal i det følgende redegjøres for rettskildesituasjonen ved vurderingen av slike distribusjonsavtaler mellom konkurrenter. Deretter skal vi se nærmere på hvor grensen går for de lovlige og ulovlige distribusjonsavtaler mellom faktiske og potensielle konkurrenter.

## 5.2 Gruppefritaket for vertikale avtaler

I noen tilfeller kan vurderingen av hva som er lovlige og ulovlige avtaler innen konkurranseretten føre til en stor ressursbruk for å få fastlagt om det faktisk er rettslig adgang til å inngå en avtale. Særlig gjelder dette i de tilfellene hvor det er nødvendig å foreta en virkningsanalyse som følge av at avtalens formål ikke vurderes som lovstridig. For å forenkle systemet har kommisjonen for noen tilfelle utformet gruppefritak som skal gjøre det lettere å vite om en avtale er lovlig. Et slikt gruppefritak finnes for vertikale avtaler.<sup>86</sup>

Dersom en avtale omfattes av gruppefritaket for vertikale avtaler vil den automatisk være å anse som lovlig slik at det ikke er nødvendig å foreta en vurdering av om avtalen faller innenfor art. 101(1). Rent formelt betyr det at en avtale omfattes av gruppefritaket at den presumeres å ha slike effektivitetsgevinster at den vil være fritatt etter unntaksbestemmelsen i tredje ledd.<sup>87</sup> Det innebærer at gruppefritaket bare har betydning i de tilfellene hvor det er konstatert at avtalen er i strid med første ledd. I praksis vil det imidlertid være naturlig å gå direkte til gruppefritaket ettersom det vil være klart at man ikke behøver å foreta en vurdering etter første ledd i de tilfellene der gruppefritaket uansett vil komme til anvendelse. På denne

---

<sup>86</sup> Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty of the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

<sup>87</sup> Dette følger allerede av tittelen i gruppefritaket samt gruppefritakets art. 2 (1).

bakgrunn vil det også i dette kapittelet bli redegjort for når en avtale mellom konkurrenter omfattes av gruppefritaket.

### 5.3 Retningslinjene for vertikale avtaler<sup>88</sup>

I likhet med retningslinjene for de horisontale avtaler har kommisjonen også utarbeidet retningslinjer som skal være til hjelp ved vurderingen av vertikale avtaler. De vertikale retningslinjene beskriver hvordan situasjonen vil være for avtaler som inngås mellom faktiske og potensielle konkurrenter i avsnitt 27 og 28. Retningslinjene slår fast at vertikale avtaler mellom konkurrenter i utgangspunktet må vurderes etter retningslinjene for de horisontale avtaler, men sier samtidig at «the vertical aspects» må vurderes etter de vertikale retningslinjer.<sup>89</sup>

De «vertikale aspektene» ved en distribusjonsavtale mellom konkurrenter er de konkurransemessige begrensninger som kan forekomme ved at foretak på ulike trinn i omsetningskjeden inngår et samarbeid. Vi har tidligere sett for de horisontale avtaler at særlig prissamarbeid, markedsdeling og omsetningsbegrensninger vil utgjøre problemer i konkurranseretten når de inngås blant konkurrenter. På samme måte kan distribusjonsavtaler mellom konkurrenter i kommersialiseringsfasen lett tenkes å utgjøre begrensninger i den frie konkurransen. De horisontale retningslinjer nevner «passive sales» og «resale price maintenance» som eksempler på begrensninger i konkurransen av vertikal karakter.<sup>90</sup>

### 5.4 Når vil en avtale mellom konkurrenter omfattes av gruppefritaket?

Etter gruppefritakets art. 2(1) skal TEUF art. 101(1) ikke gjelde for vertikale avtaler som inneholder vertikale begrensninger i konkurransen:

«Pursuant to Article 101(3) of the Treaty and subject to the provisions of this Regulation, it is hereby declared that Article 101(1) of the Treaty shall not apply to vertical agreements.

---

<sup>88</sup> Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, Brussels 10.5.2010

<sup>89</sup> Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler, avsnitt 27

<sup>90</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 239



The exemption shall apply to the extent that such agreements contain vertical restraints”

En tolkning av ordene tilsier at dersom avtalen inneholder restriksjoner av horisontal natur, så kan disse fortsatt tenkes å utgjøre et brudd på art. 101. Dette må vurderes etter prinsippene for horisontale avtaler. Bestemmelsen slår kun fast at vertikale avtaler som inneholder vertikale konkurransebegrensninger skal være unntatt fra art. 101 i de tilfellene som følger av de neste avsnittene.

Fjerde avsnitt presiserer i hvilke tilfeller dette gjelder for vertikale avtaler mellom konkurrerende foretak:

«The exemption provided for in paragraph 1 shall not apply to vertical agreements entered into between competing undertakings.”

Det følger av dette at vertikale avtaler mellom konkurrenter som hovedregel ikke omfattes av gruppefritaket. «Competing undertakings» må her som hellers forstås som både faktiske og potensielle konkurrenter.<sup>91</sup> Unntaket oppstilles i de påfølgende setningene:

“However, it shall apply where competing undertakings enter into a non-reciprocal vertical agreement and:

- (a) the supplier is a manufacturer and a distributor of goods, while the buyer is a distributor and not a competing undertaking at the manufacturing level; or
- (b) the supplier is a provider of services at several levels of trade, while the buyer provides its goods or services at the retail level and is not a competing undertaking at the level of trade where it purchases the contract services.”

For slike avtaler vil gruppefritaket anvendes. Dette gjelder altså for det første ikke-gjensidige avtaler mellom konkurrenter i de tilfellene tilbyderen tilvirker og distribuerer varene, og kjøperen kun er distributør, og ikke samtidig en konkurrent i tilvirkningsfasen.

For det andre gjelder det ikke-gjensidige avtaler i de tilfellene tilbyderen leverer sine tjenester på flere ledd i omsetningskjeden samtidig som kjøperen kun leverer tjenester i detaljhandelen,

---

<sup>91</sup> Gruppefritaket art. 1(1) (c)

og dermed ikke er en konkurrent på omsetningstrinnet for kjøpsavtalen. I begge disse tilfellene vil partene ikke være konkurrenter på viktige omsetningstrinn og man lar effektivitetsgevinstene ved slike avtaler veie tyngre enn eventuelt konkurransebegrensende virkinger.

## 5.5 Distribusjonsavtalers bedømmelse etter de horisontale retningslinjer

For gjensidige avtaler mellom konkurrenter samt ikke-gjensidige avtaler som ikke faller inn under gruppefritakets art. 2(4) a eller b må det foretas en vurdering etter de horisontale retningslinjer for å undersøke om avtalen er i samsvar med TEUF art. 101(1).<sup>92</sup> Hvis man så kommer til at det ikke foreligger brudd på de horisontale prinsipper foretas en vurdering etter Kommisjonens retningslinjer for vertikale avtaler.

Utgangspunktet for vurderingen etter de horisontale retningslinjer blir for slike avtaler det samme som for andre avtaler. Det første spørsmålet som må undersøkes er om avtalen objektivt sett vurderes å ha som formål å begrense konkurransen. Deretter foretas en analyse av den faktiske og potensielle virkningen av avtalen.

### 5.5.1 Formålsvurderingen

Som vi tidligere har sett finnes det legitime grunner for at konkurrenter skal inngå distribusjonsavtaler. Spørsmålet er om det likevel er grunn til å vurdere slike avtaler for generelt å stå i fare for å utgjøre en restriksjon etter sitt formål. Dette vil være tilfelle hvis det er naturlig å anta at det ikke er de legitime grunnene som motiverer opprettelsen av avtalen. For å vurdere det objektive formålet bak avtalen er det derfor også nødvendig å undersøke hvilke illegitime hensikter den konkrete avtalen kan ha. Med illegitime hensikter menes her motivasjonsfaktorer som vil føre til fordeler for avtalepartene, men som ikke aksepteres fra et konkurranserettslig perspektiv.

I denne sammenhengen skiller retningslinjene mellom gjensidige og ikke-gjensidige distribusjonsavtaler.<sup>93</sup> Kommisjonen anfører at gjensidige distribusjonsavtaler mellom parter

---

<sup>92</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 227

<sup>93</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 236

som opererer på ulike geografiske markeder lettere kan tenkes å føre til en oppdeling av markedet. Det vil være mulig for partene å bruke distribusjonsavtalen for å hindre et geografisk overlappende salg av deres respektive produkter. I praksis vil det ha samme effekt som om partene inngikk en eksplisitt avtale om geografisk markedsdeling. Det er da naturlig at også slike distribusjonsavtaler skal anses for å ha konkurransebegrensende formål. Eventuelle økonomiske gevinster som partene kan tjene på å distribuere hverandres produkter kan vanskelig tenkes å veie opp for oppdelingen av markedet. En vurdering av slike effektivitetsgevinster vil imidlertid være gjenstand for vurdering etter tredje ledd.

Motsatt følger det av retningslinjene at dersom avtalen ikke er gjensidig vil faren for oppdeling av markedet være mindre. En ikke-gjensidig distribusjonsavtale er en avtale hvor partene blir enige om at kun den ene parten skal stå for distribusjonen av den andre parts produkter. Her vil altså ikke begge partene distribuere hverandres produkter. Bakgrunnen for at slike avtaler mellom parter på ulike geografiske markeder antas å være mer legitime må være at det her ikke vil være den samme fare for markedsdeling.

Spørsmålet er så hvordan situasjonen vil være for parter som opptrer på det samme geografiske markedet. Det interessante er å vite om distribusjonsavtalene skal anses for å være i kategorien av de avtaletyper som ofte vil anses for å ha konkurransebegrensende formål eller om de skal anses for normalt å ikke utgjøre en formålsrestriksjon. Hvordan slike avtaler normalt sett behandles vil gi en veiledning for vurderingen av avtalens lovlighet etter art. 101(1). Samtidig må det huskes at hver avtale må vurderes konkret.

Dersom distribusjonsavtalen er et hjelpemiddel for å harmonisere prisen til de to konkurrentene vil avtalen være ulovlig etter sitt formål. Dette følger av diskusjonen om «pricefixing» som ble foretatt tidligere. Van Bael & Bellis reiser spørsmålet om det faktisk at to konkurrenter i det hele tatt inngår en distribusjonsavtale i seg selv kan være nok til å konstatere potensiell prisharmonisering, ettersom distributøren i et slikt forhold vil ha mulighet til å påvirke begge parters pris.<sup>94</sup>

Van Bael & Bellis tar utgangspunkt i de gamle retningslinjene fra 2000 som blant annet skilte mellom avtaletyper som nesten alltid utgjør en formålsrestriksjon, og avtaletyper som *kan tenkes* å utgjøre en formålsrestriksjon.<sup>95</sup> Siden distribusjonsavtaler ble behandlet under den sistnevnte kategorien i de eldre retningslinjene mente Van Bael & Bellis at dette talte mot at

---

<sup>94</sup> Van Bael & Bellis (2010), side 485.

<sup>95</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler av 2001, kap. 5.3.1.2. og 5.3.1.3.

distribusjonsavtaler mellom konkurrenter i seg selv skal anses for å være ulovlige etter sitt formål.<sup>96</sup> De nye retningslinjene av 2011 skiller ikke på samme måte mellom avtaler som normalt vil være ulovlige og avtaler som *kan tenkes* å være ulovlige. Det er derfor vanskeligere å trekke en slutning basert på retningslinjene alene.

For de tilfellene der man kan være sikre på at distribusjonsavtalen ikke vil lede til en harmonisering av pris<sup>97</sup>, og heller ikke føre til oppdeling av markedet er det ikke grunn til å anta at avtalen skal ha konkurransebegrensende formål.

### 5.5.2 Virkningsvurderingen

Utgangspunktet for virkningsvurderingen er hvordan konkurransen ville sett ut dersom partene ikke hadde inngått avtalen<sup>98</sup>. Dersom distribusjonsavtalen fører til en innskrenkning i konkurransen vil den være forbudt i samsvar med ordlyden i art. 101(1). Fra formålsvurderingen så vi at innvirkning på pris eller omsetning på markedet vil være ulovlig. Vi så også at det i noen tilfelle kan være vanskelig å konstatere om avtalen faktisk vil føre til en innvirkning på pris. For de klare ulovlighetsformene, av retningslinjene beskrevet som «main competition concerns»<sup>99</sup>, vil formålsvurderingen og virkningsvurderingen i stor grad være den samme. I stedet for å konstatere konkurransebegrensende virking lar kommisjonen slike avtaler gå under kategorien formålsrestriksjoner. Virkningsvurderingen vil derfor i hovedsak handle om det som av retningslinjene ikke blir beskrevet som «main competition concerns».

Virkningsvurderingen for distribusjonsavtaler mellom konkurrenter må foretas i to omganger. For det første må det vurderes om avtalen fører til konkurransebegrensning av horisontal natur.<sup>100</sup> For det andre må det foretas en analyse av hvilke vertikale implikasjoner avtalen har.<sup>101</sup> Til hjelp for denne vurderingen er kommisjonens retningslinjer for vertikale

---

<sup>96</sup> Van Bael & Bellis (2010), side 485-486.

<sup>97</sup> Van Bael & Bellis (2010), side 492

<sup>98</sup> Sak 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) avsnitt 249-250 og T-328/03, O2 (Germany) GmbH & Co OHG v Commission avsnitt 69

<sup>99</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, kapittel 6.3.1.

<sup>100</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, kapittel 6.3.3.

<sup>101</sup> Evensen (2009) side 221.

restriksjoner. Bare dersom distribusjonsavtalen overlever begge disse analysene vil den være i samsvar med TEUF art. 101(1).

Det er flere momenter som kan være aktuelle i virkningsvurderingen. Et sentralt spørsmål er om avtalen objektivt sett er nødvendig for at den ene parten skal komme inn på den andre parts marked.<sup>102</sup> Hvis dette er tilfelle kan ikke partene sies å være potensielle konkurrenter. Det vil da ikke foreligge noen begrensning i konkurransen som følge av samarbeidet. Det hadde ikke blitt noen sterkere konkurranse dersom partene ikke hadde samarbeidet. Helt ubetinget kan dette imidlertid ikke gjelde. Dette fordi man også er nødt til å vurdere hvordan samarbeidet påvirker resten av markedet.

Det kan tenkes at markedet er fullt av avtaler mellom konkurrenter som har kommet til enighet rundt hvem som skal stå for distribusjonen av deres produkter. Selv om hver og en av avtalene i seg selv ikke vil føre til en konkurransebegrensende effekt på markedet er det fortsatt mulig at alle disse avtalene samlet sett fører til at konkurransen innskrenkes. Hvis man kumulerer virkningene av slike avtaler i markedet kan man komme til at det foreligger slike nettverkseffekter<sup>103</sup> at avtalen må anses å ha konkurransebegrensende virkning.

---

<sup>102</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 237

<sup>103</sup> Kolstad og Ryssdal (2007) side 471 og Evensen (2009) side 259

## 6 Logistikkavtaler

### 6.1 Innledning og utgangspunkter

Kostnader tilknyttet frakt og den fysiske forflytning av produkter, utstyr og personell vil naturlig nok ha potensiale til å utgjøre en betydelig del av kostnadsbyrden for de enkelte aktørene. Dersom det for eksempel er produkter som skal leveres over store avstander, eller store produkter som krever en spesiell form for transport kan prisen bli stor for det enkelte foretak.

Det er mulig å redusere pengebruken som følger med logistiske utfordringer ved å inngå logistikkavtaler. Ofte vil det være aktører på forskjellige omsetningsledd som inngår logistikkavtaler, for eksempel en distributør og en produsent. Det kan imidlertid også tenkes logistikkavtaler av det horisontale slaget. Til og med konkurrenter kan ha nytte av å inngå fraktavtaler som gjør det lettere å frakte varer fra begge foretak ut til markedet.<sup>104</sup>

Når logistikkavtalen angår produktenes reise ut til markedet eller forhold som tar sikte på å bringe produktene ut til markedet vil det være tale om en kommersialiseringsavtale. Utfordringen er i hvilken grad dette kan aksepteres uten at samarbeidet kommer i konflikt med konkurransebegrensingsregelen.

La oss ta for oss en logistikkavtale mellom konkurrenter: to selgere av omega 3 går sammen om en avtale med posten om hvordan frakt av produktene skal foretas. Ved å lage en felles avtale øker de massen av produkter som skal fraktes. For posten betyr økt fraktmasse en forholdsvis nedgang i variable kostnader, noe som igjen gjør posten i stand til å tilby en mer gunstig avtale enn de ellers ville gjort. Dette er en trepartsavtale som i forholdet mellom konkurrentene er av horisontal natur.

Spørsmålet blir så hvordan dette vurderes etter art. 101. Dersom dette skulle føre til formåls- eller virkningsrestriksjoner vil avtalen ikke gå klar av første ledd.

Det subjektive formålet til foretakene vil normalt være å spare penger, men det kan også tenkes andre mulige intensjoner som for eksempel å spare miljøet for unødvendig forurensning. Det er det objektive formålet som er avgjørende, men den subjektive tanken til partene kan være et moment i denne objektive vurderingen. Hvis partene har uttrykt et formål bak avtalen kan dette fungere som et bevis ved vurderingen:

---

<sup>104</sup> DHL

«... even if the intention of the parties does not constitute a necessary factor in determining the restrictive character of an agreement, there is nothing to prohibit the Commission or the Community courts from taking that intention into account.»<sup>105</sup>

Det kan ikke sies at det å spare penger i seg selv skal være en formålsrestriksjon. Det er dermed nærliggende å konkludere med at slike avtaler normalt ikke utgjør en formålsrestriksjon. Dette støttes av at retningslinjene ikke har inkludert avtaler om felles logistikk blant den kategorien som fort vil sies å ha konkurransebegrensende formål.

Det kan imidlertid ikke konkluderes med at *alle* logistikkavtaler går klar av formålsbegrensningen. I de tilfeller hvor den største kostnaden foretakene har gått ut på frakt av varene vil en slik avtale kunne føre til en harmonisering av de faktorer som er bestemmende på prisen slik at avtalen vil kunne stå i fare for å bli vurdert som en prisavtale, for eksempel gjennom «joint selling». Som vi har sett tidligere er slike prisavtaler normalt å anse som ulovlige etter sitt formål. På samme måte kan logistikkavtalene brukes som et middel for å fordele varene over et geografisk område på en slik måte at det oppstår markedsdelingseffekter.

Konklusjonen må likevel være at logistikkavtaler som utgangspunkt ikke skal anse for å utgjøre konkurransebegrensende samarbeid etter sitt formål.

## 6.2 Virkningsvurderingen

Når man skal vurdere virkningen av horisontale logistikkavtaler på konkurransen må man foreta en analyse av både de økonomiske og rettslige sidene av avtalen, på samme måte som for de øvrige avtaletypene.

I tillegg til vurderingen av partenes markedsrett, er det den konkrete avtalen som må tas under lupen. Hvis for eksempel avtalen går ut på å tilby kundene felles kundeservice i form av at foretakene opererer med en felles plattform for tjenesten, kan skillet mellom de to konkurrentene bli så liten at det i praksis fører til en begrensning i konkurransen mellom dem.

For eksempel kan man tenke seg to teleselskaper som begge ønsker å tilby trådløst internett i et avsidesliggende område. For å få til dette er man nødt til å sette opp utstyr som er svært

---

<sup>105</sup> C-551/03 P, General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v Commission, avsnitt 78, jf. også Evensen side 133.

kostbart. Teleselskapene går derfor sammen om å finansiere felles utstyr som skal brukes av begge operatørene. Dersom prisen til de to teleselskaperes tjenester fra før er den samme vil det ikke lenger være noen konkurranseparametere som skiller dem. I tillegg til prisen vil nemlig også dekningen være identisk. Det kan spørres om en slik avtale skal kunne gå klar av forbudet i art. 101(1).

For det første må man her se på partenes adgang til å tilby tjenesten individuelt. Dersom prisen vil være så høy at de ikke er i stand til å tilby tjenesten på egenhånd vil samarbeidet være lovlig. En annen sak er dersom prisen for å tilby internettet på egenhånd er overkommelig, men at den vil være så høy at det ikke er verdt å satse på. Her kan det være aktuelt å konstatere brudd på art. 101(1) samtidig som avtalen vil være en opplagt kandidat til å bli unntatt etter art. 101(3). Eksempelet viser at skillet mellom en art. 101(1)-vurdering og art. 101(3)-vurdering ikke alltid er så skarpt.<sup>106</sup> Spørsmålet ble tatt opp i sak T-328/03. Se kommentarene til saken like under.

For det andre må det undersøkes hvilke konkrete virkninger avtalen har for konkurransesituasjonen: 1. Hvordan er konkurransen på markedet etter avtalen? 2. Hvordan ville konkurransen vært uten avtalen? Når det ikke hadde vært mulig for den ene eller begge partene å komme inn på markedet uten avtalen er det nærliggende å anta at slike avtaler ikke har noen begrensende effekt på konkurransen.

I sak T-328/03<sup>107</sup> ble Kommisjonen kritisert av EU-domstolen for å ha unnlatt å foreta en tilstrekkelig konkret analyse av hvilken effekt avtalen hadde på konkurransen. Det var i saken to teleoperatører som inngikk en avtale om deling av infrastrukturen for det nye 3G mobilnettet.<sup>108</sup> Kommisjonen hadde i tråd med vår analyse over kommet til at logistikkavtalen ikke hadde til formål å begrense konkurransen. Kommisjonen mente imidlertid at avtalen hadde konkurransebegrensende effekter. Kommisjonen pekte her på at det er en betydelig forskjell mellom på den ene siden ikke å være i stand til å innta et nytt marked, og på den andre siden å være i stand til å innta markedet, men under vanskelige omstendigheter. Til dette uttalte EU-domstolen:

«It follows from the foregoing that the Decision, in so far as it concerns the application of Article 81(1) EC and Article 53(1) of the EEA Agreement, suffers from insufficient

---

<sup>106</sup> Jones and Sufrin (2008) side 207

<sup>107</sup> Sak T-328/03, O2 (Germany) GmbH & Co OHG v Commission

<sup>108</sup> Ezrachi (2014), side 98



analysis, first, in that it contains no objective discussion of what the competition situation would have been in the absence of the agreement, which distorts the assessment of the actual and potential effects of the agreement on competition and, second, in that it does not demonstrate, in concrete terms, in the context of the relevant emerging market, that the provisions of the agreement on roaming have restrictive effects on competition, but is confined, in this respect, to a *petitio principii* and to broad and general statements.”

Førsteinstansdomstolen viser med dette at virkningsvurderingen ikke kan baseres på løse antagelser og generaliseringer av hva avtalen kan ha ført til, men at den må baseres på det konkrete fakta. Siden domstolen bare opphevet kommisjonens avgjørelse gir imidlertid ikke saken svar på om delingen av infrastrukturen i det konkrete tilfellet medførte en konkurransebegrensning.

Momenter her vil blant annet være partenes markedsandeler og utvekslingen av sensitiv informasjon. Dersom avtalen er langvarig kan det tenkes at det gir konkurrentene en forutberegnelighet som de ellers ikke ville hatt. De vil da vite i hvilket omfang konkurrenten planlegger å selge i tiden fremover. Indirekte kan dette til og med gi informasjon om hvilke tilbud og andre markedsføringstiltak konkurrenter har planer for fremover.

I Delimitis gikk domstolen langt i å liste opp momenter som vil være av interesse.<sup>109</sup> Kommersialiseringsavtalene må på dette området gjennomgå en bred og konkret analyse på samme måte som vi så under kapitlet om markedsføringsavtaler. Det faktum at logistikkavtalene angår hvordan tjenestene skal fraktes ut til markedet betyr at visse konkurranseparametere slik som tilgjengelighet og synlighet for kunden vil være faktorer som det er særlig viktig å være oppmerksom på.

---

<sup>109</sup> Sak C-234/89 Sergio Delimitis v Henniger Brau AG, avsnitt 16-31.

## 7 Særlig om informasjonsutveksling mellom konkurrenter

### 7.1 Innledning

Utteksling av sensitiv informasjon kan være relevant ved vurderingen av art. 101(1) i to sammenhenger. For det første kan informasjonsutvekslingen i seg selv utgjøre et samarbeid som fører til at det konstateres brudd på art. 101(1).<sup>110</sup> For det andre kan utveksling av sensitiv informasjon være et moment i vurderingen av om en kommersialiseringsavtale skal være ulovlig etter sitt formål eller sin virkning.<sup>111 112</sup>

Retningslinjene behandler informasjonsutveksling i detalj i kapittel 2. Avtaler som innebærer informasjonsutveksling kan reise mange spørsmål og være gjenstand for omfattende analyse. Presentasjonen her vil bare være en oversikt over noen utgangspunkter som er relevante for kommersialiseringsavtaler.

I kommersialiseringsfasen vil det for konkurrenter kunne være svært nyttig å sitte på informasjon om hvordan de andre aktørene i markedet vil oppføre seg. Det er særlig utveksling av sensitiv informasjon om *fremtidige* forhold som er interessant i et konkurranserettslig perspektiv.<sup>113</sup> Desto større grad av gjennomsiktighet det er på markedet, desto lettere vil det være for en enkelt aktør å tilpasse seg de andre. Utveksling av sensitiv informasjon rundt for eksempel pris og strategiske planer kan dermed føre til mer forutsigbarhet på markedet. Dette vil gjerne være med på å påvirke aktørenes handlinger, noe som *kan* føre til en begrensning i konkurransen.

De horisontale retningslinjene beskriver utveksling av informasjon både som noe som kan være et nødvendig gode i mange typer kommersialiseringsavtaler, og som en type aktivitet som kan ha skadelig effekt på konkurransen.<sup>114</sup> Følgelig er det ikke mulig å si noe generelt om hva slags innflytelse informasjonsutveksling har på markedet på samme måte som for eksempel avtaler om pris. For å vurdere om et samarbeid som går ut på å utveksle informasjon skal være i samsvar med art. 101(1) er det nødvendig å foreta en bred og konkret vurdering.

---

<sup>110</sup> Siraguza and Rizza (2007), side 62

<sup>111</sup> Kolstad og Ryssdal, side 430, Evensen side 197-198

<sup>112</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 55-110.

<sup>113</sup> Evensen (2009) side 199

<sup>114</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 224

Avhengig av det konkrete forhold er imidlertid potensialet til å begrense konkurransen stor. Derfor nevner retningslinjene informasjonsutveksling som et forhold som det er viktig å være oppmerksom på, under kapittelet om kommersialiseringsavtaler.<sup>115</sup>

## 7.2 Utveksling av sensitiv informasjon rundt kommersialiseringsprosessen som i seg selv utgjør brudd på art. 101(1)

For at informasjonsutvekslingen i seg selv skal utgjøre et brudd på TEUF art. 101(1) må konkurransebegrensningskriteriet i bestemmelsen være oppfylt med hensyn til informasjonsutvekslingen alene.

I den grad avtaler om prisharmonisering, markedsdeling og kvantitative omsetningsbegrensninger utgjør avtaler som er lovstridige etter sitt formål vil normalt også avtaler og samarbeid som går ut på utveksling av informasjon om slike forhold være lovstridige.<sup>116</sup> Det normale i kartelltilfellene er at informasjonsutvekslingen er en del av flere faktorer som utgjør ulovlig samarbeid.<sup>117</sup> Dette følger av at karteller nødvendiggjør en viss flyt av sensitiv informasjon.<sup>118</sup> Dette er ganske selvfølgelig ettersom det ikke er mulig å komme til enighet om en felles pris på hver sine produkter uten at man vet om prisstrategien til den andre parten.

Det er imidlertid ikke bare i tilfeller der informasjonsutvekslingen angår pris, markedsdeling eller salgsbegrensninger at informasjonsutvekslingen alene kan utgjøre et brudd på art. 101(1). I UK Agricultural Tractor<sup>119</sup> kom domstolen til at informasjonsutveksling rundt ulike aspekter ved konkurrenters salg utgjorde en konkurransebegrensning etter sin virkning. Domstolen innrømmet at slik gjennomskiktighet i flere tilfeller kan være sunt for konkurransen, men at det i dette konkrete tilfellet avslørte aktørenes markedsstrategier på en slik måte at det oppstod en form for stilltiende samordning som var i strid med konkurransebegrensningsbestemmelsen. Avgjørelsen er relevant for kommersialiseringsavtaler. I kommersialiseringsfasen kan det oppstå former for gjennomskiktighet utenfor de såkalte

---

<sup>115</sup> Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler, avsnitt 233.

<sup>116</sup> TEUF art. 101(1) omfatter slike avtaler både «directly and indirectly» jf. bokstav (a).

<sup>117</sup> Kolstad og Ryssdal (2007), side 430

<sup>118</sup> Siraguza and Rizza (2007) side 62

<sup>119</sup> Sak T-34/92 Fiatagri UK Ltd and New Holland Ford Ltd v Commission

«hardcore restrictions» som i seg selv vil være i strid med art. 101(1), for eksempel ved at man utveksler informasjon om fremtidige planer rundt hvordan produkter skal markedsføres.

### 7.3 Utveksling av sensitiv informasjon er et moment i vurderingen av en kommersialiseringsavtales lovlighet

Vi har sett at det må foretas en konkret helhetsvurdering for å konstatere brudd på art. 101(1). I virkningsvurderingen er det mange momenter som kan være relevante. Graden av gjennomsiktighet på markedet vil være et slikt moment som er av interesse å undersøke.<sup>120</sup>

For å vurdere konsekvensene av informasjonsutvekslingen er det nødvendig å foreta en analyse av hva slags informasjon som er utvekslet. Spørsmålet blir så om denne informasjonen er egnet til å bidra til en konkurransebegrensning, for eksempel i kombinasjon med andre forhold i avtalen. Dersom en kommersialiseringsavtale både bidrar til å gjøre markedet mer gjennomsiktig samtidig som avtalen også skaper etableringshindringer for andre potensielle aktører kan det tenkes at summen av disse faktorene leder til en konkurransebegrensende virkning. Dette som følge av at det i konsentrerte markeder er større fare for at tilgang til sensitiv informasjon fører til at konkurrenter tilpasser seg hverandre og at konkurransen dempes.<sup>121</sup> Det kan videre tenkes at usikkerheten i markedet vil reduseres når gjennomsiktigheten økes, slik at aktørene velger å handle annerledes enn de ellers ville ha gjort.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Evensen (2009) side 177

<sup>121</sup> Evensen (2009) side 184

<sup>122</sup> Van Bael & Bellis (2010) side 381

## 8 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Vi har sett at en kommersialiseringsavtale vurderes ut fra hvilke spesifikasjoner den har. Noen avtaler vil være av det slag som ofte vil omfattes av konkurransebegrensningskriteriet. Disse avtalene vil normalt bli ansett for å ha konkurransebegrensende formål. Andre kategorier av kommersialiseringsavtaler vil ikke anses for å stå i fare for å være konkurransebegrensende. For disse vil det ofte være virkningsanalysen som blir avgjørende. Det hele må imidlertid forbeholdes den konkrete vurderingen. Det er dermed ikke noe i veien for at disse normalsituasjonene avvikes slik at for eksempel en markedsføringsavtale som ikke angår pris anses for å ha konkurransebegrensende formål.

Det som særlig skiller kommersialiseringsavtaler fra andre avtaletyper er at disse av natur ligger nært opp til markedet. Dermed kan markedet lett påvirkes av avtaler og endringer i aktørenes oppførsel i denne fasen. Dette er en faktor som det er grunn til å være oppmerksom på både under formålsvurderingen og virkningsvurderingen.

Slik som i mange andre rettsområder der resultatet beror på en bred og konkret helhetsvurdering, er rettspraksis av stor betydning. Det finnes mange avgjørelser som kan hjelpe til med å kaste lys over hvordan konkurransebegrensningskriteriet skal anvendes. Særlig har praksis vært viktig for avgjørelsen av om en bestemt type avtaler skal rammes av formålskriteriet eller bedømmes etter virkningskriteriet. Videre har praksis oppstilt mange momenter som kan være relevante i virkningsvurderingen.

Praksis retter seg på den annen side ikke direkte mot kommersialiseringsavtalene. Det oppstår dermed et spørsmål om hvordan avtaler og samarbeid som angår prosessen med å få varene ut på markedet skal bedømmes etter konkurransebegrensningskriteriet. Dette er relevant fordi avtaletypens natur kan ha en innvirkning på hvordan reguleringen skal foregå.

Kommisjonen har tatt konsekvensen av dette på alvor og utviklet retningslinjer som fungerer som en veiledning for analysen. Retningslinjene har egne kapitler for ulike avtaletyper. Med dette imøtekommes den usikkerheten som eksisterer som følge av at rettspraksis ikke gir svar på nyansene som kan oppstå på bakgrunn av at samarbeidsområdet varierer. Samtidig har vi sett at retningslinjenes behandling av kommersialiseringsavtaler i noen sammenhenger har vært lite detaljerte. Mange spørsmål blir derfor fortsatt hengende i luften.

Som følge av at kommersialiseringsavtalene i seg selv kan utgjøre mange ulike avtaletyper er det heller ikke mulig å trekke mange konklusjoner om hvordan kommersialiseringsavtalene

som en gruppe skal behandles under konkurransebegrensningskriteriet. At avtalene ligger nært opp til markedet er en faktor av betydning, men det kan ikke alene avgjøre at kommersialiseringsavtalene behandles strengere enn andre avtaletyper. Retningslinjene har ikke vært helt tydelige på hvordan variasjonen av kommersialiseringsavtaler skal slå ut i svært varierte vurderinger. Her har det vært nødvendig å lene seg på rettspraksis som har anvendt ulike momenter, og forsøke å trekke slutninger på bakgrunn av avtaletypens natur for å komme frem til i hvilken grad momentene skal være relevante for de ulike kommersialiseringsavtaler.

## 9 Kilderegister

### Rettspraksis

Sak T-9/99	HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH 6c Co. KG and Others v Commission. Saml. 2002:70
Sak 56/65 LTM [1966] ECR 235	Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), 30.06.1966
Sak C-8/08	T-Mobile Netherlands and others v Commission. Saml. 2009:343
Sak OJ 1999 L 24/1	Pre-Insulated Pipe Cartel, 21.10.1998
Forenede saker T-374, 375, 384, 388/94	European Night Services and others v Commission. Saml. 1998:198
Forenede saker 56/64 and 58/64	Consten and Grundig v Commission. Saml. 1966:41
Sak C-105/04	P Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v Commission. Saml. 2006:582

Sak C-234/89	Sergio Delimitis v Henniger Brau AG Saml. 1991:91
Sak T-85/06	Rubber Chemicals, General Quimica and others v Commission. Saml. 2008:598
Sak C-513/06	GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission. Saml. 2009:610
Sak OJ 1995 L 275/17	Reims II, 23.10.2003
Sak OJ 2002 L 318/17	Visa International, Multilateral Interchange Fee, 2002
Forenede saker 29/83 og 30/83	Compagnie royale asturienne des mines og Rheinzink v Commission. Saml. 1984:130
Sak C-209/07	Beef Industry Development Society Ltd. Saml. 2008:643
Sak T-328/03	O2 (Germany) GmbH & Co OHG v Commission. Saml. 2006:116
Sak C-551/03 P	General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v Commission. Saml. 2003:275
Sak T-34/92	Fiatagri UK Ltd and New Holland Ford Ltd v Commission. Saml. 1992/157



## **Internasjonale rettskilder og retningslinjer**

TEUF (TFEU eller Lisboa-traktaten)	Treaty on the functioning of the European Union av 13.12.2007
Fusjonsforordningen	Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings
Gruppefritaket for vertikale avtaler	Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices
Kommisjonens retningslinjer for horisontale avtaler	Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. (2011/C 11/01)
Kommisjonens retningslinjer for vertikale Avtaler	Commission notice. Guidelines on vertical restraints. Brussels, SEC(2010) 411

## **Norske rettskilder**

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inntatt i Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Konkurranseloven

Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Ot. prp. nr. 6 (2003–2004)

Om lov om konkurranse mellom foretak og foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

## Litteraturliste

- Christensen m.fl. (2005) Christensen, Andreas; Heide-Jørgensen, Caroline; Hjelmberg, Simon Evers; Langseth, Jan Magne; Polusen, Sune T.; Bach Ryhl, Charlotte Friis; Schovsbo, Jens; *Konkurrenceretten i EU*, 2. udgave 2005
- Dragvoll (2005) Dragvoll, Linda; *Den rettslige plasseringen av joint ventures under EF-konkurranseretten*, 2005
- Evensen (2009) Evensen, Harald; Sæveraas, Eivind (red.), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utgave, 2009
- Ezrachi (2014) Ezrachi, Ariel; *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Fourth edition, 2014
- Heide-Jørgensen m.fl. (2009) Heide-Jørgensen, Caroline; Stig Jakobsen, Peter; Kalmose. Hjelmeng, Simon Evers; Langseth, Jan Magne; Neergaard, Ulla; Poulsen, Sune Troels; Bach Ryhl, Charlotte Friis; Schovsbo, Jens; *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave, 2009.
- Henriksson (2012) Henriksson, Lars; *Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter*, 2012
- Jones and Sufrin (2008) Jones, Allison; Sufrin, Brenda; *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Third edition, 2008
- Kolstad og Ryssdal (2007) Kolstad, Olav; Ryssdal, Anders; Graver, Hans Petter; Hjelmeng, Erling; *Norsk konkurranserett Bind I, Atferdsregler og strukturkontroll*, 2007

- |                          |   |
|--------------------------|---|
| Lunde (2007)             | Lunde, Tore; <i>Distribusjonsavtaler i et konkurranserettslig perspektiv</i> , 2007   |
| Morais (2013)            | <i>Horizontal Cooperation Agreements i Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects</i> ; Lianos, Ioannis; Geradin, Damien (red.) 2013   |
| Ritter and Braun         | Ritter, Lennart; David W, Braun; <i>European Competition Law: A Practitioner's Guide</i> . 2005   |
| Siraguza & Rizza (2007)  | Damien, Gerard; Goodman, Shaun; Rizza, Cesare; Schulz, Robert; Siragusa, Mario; Sorinas, Segio; <i>EU Competition Law Volume III, Cartel Law, Restrictive Agreements and Practices between Competitors</i> , 2007 |
| Van Bael & Bellis (2010) | Van Bael, Ivo; Bellis, Jean-Francois; <i>Competition Law of the European Community, fifth edition</i> , 2010  |

### **Internettkilder**

DHL

[http://www.dhl.com/content/dam/downloads/g0/logistics/brochures/en\\_horizontal\\_collaboration\\_in\\_healthcare.pdf](http://www.dhl.com/content/dam/downloads/g0/logistics/brochures/en_horizontal_collaboration_in_healthcare.pdf) (Sisert 27.10.2015)

WebProNews

<http://www.webpronews.com/benefits-of-joint-venture-marketing-2002-05/> (Sisert 08.10.2015)

[http://international.westlaw.com/result/default.wl  
?cfid=1&mt=314&origin=Search&query=%22C  
OMP%2f29.373%22&db=WORLD-  
JLR&rlt=CLID\\_QRYRLT19206154472411&met  
hod=TNC&service=Search&eq=search&rp=%2fs  
earch%2fdefault.wl&sp=intoslo-  
000&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rltdb  
=CLID\\_DB423154472411&sv=Split&fmqv=s&f  
n=\\_top&rs=WLIN15.07](http://international.westlaw.com/result/default.wl?cfid=1&mt=314&origin=Search&query=%22C<br/>OMP%2f29.373%22&db=WORLD-<br/>JLR&rlt=CLID_QRYRLT19206154472411&met<br/>hod=TNC&service=Search&eq=search&rp=%2fs<br/>earch%2fdefault.wl&sp=intoslo-<br/>000&srch=TRUE&vr=2.0&action=Search&rltdb<br/>=CLID_DB423154472411&sv=Split&fmqv=s&f<br/>n=_top&rs=WLIN15.07) (Siter 08.10.2015)